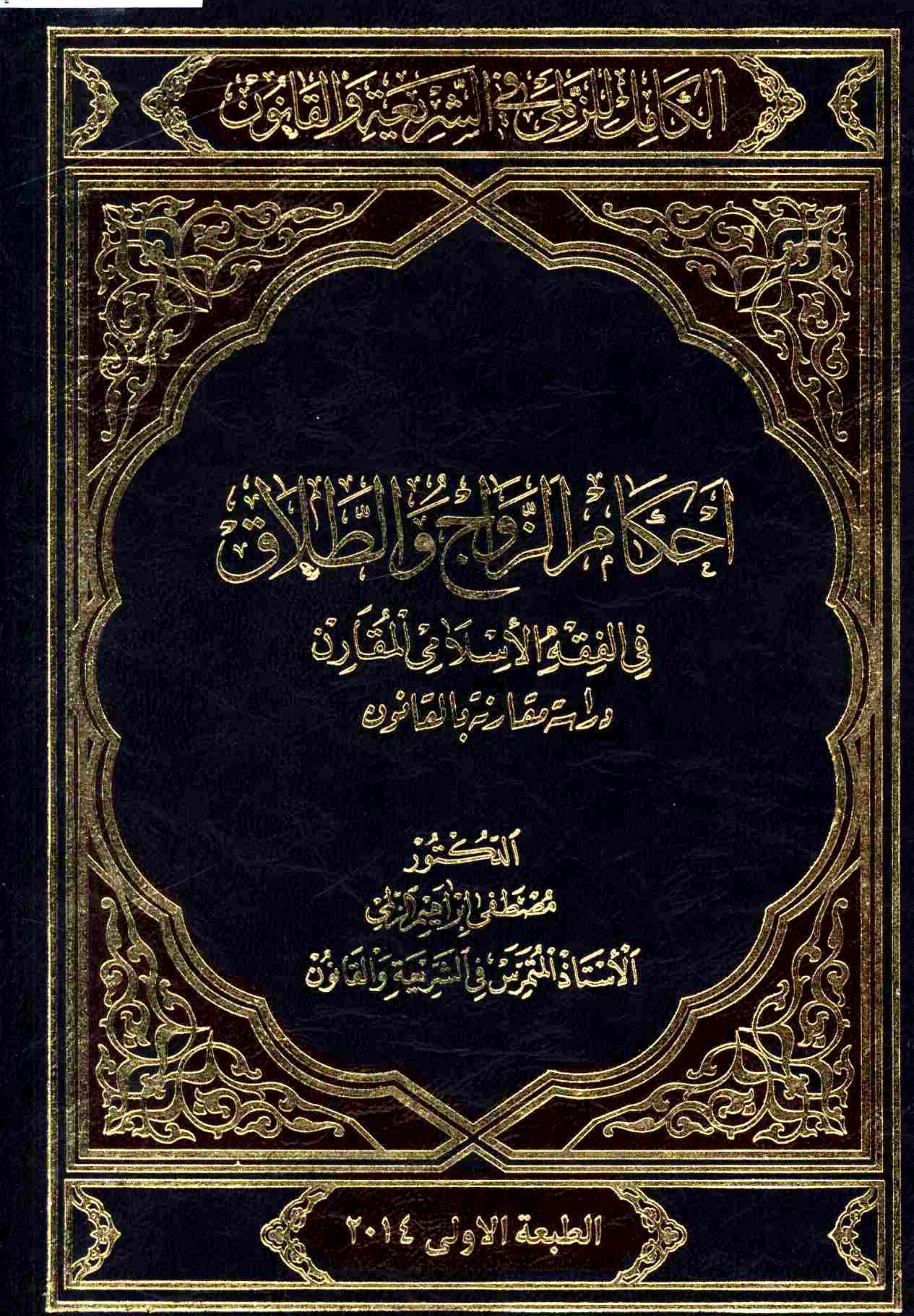

الكامل الزلمي في الشريعة والقانون
أحكام الزواج والطلاق
في الفقه الإسلامي المقارن
دراسة مقارنة بالقانون
الدكتور
مصطفى إبراهيم الزلمي
الأستاذ المتمرس في الشريعة والقانون
الطبعة الاولى ٢٠١٤

أحكام

الـــــزواج والـطـلاق

في الفقه الإسلامي المقارن

(دراسة مقارنة بالقانون)

هذا المؤلف يتضمن اهم التغييرات والتعديلات
التي اجريت في اقليم كوردستان العراق
على قانون الأحوال الشخصية المرقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩.
بقانون رقم (١٥) لسنة ٢٠٠٨

تأليف

الدكتور مصطفى ابراهيم الزلمي

الاستاذ المتمرس في الشريعة والقانون

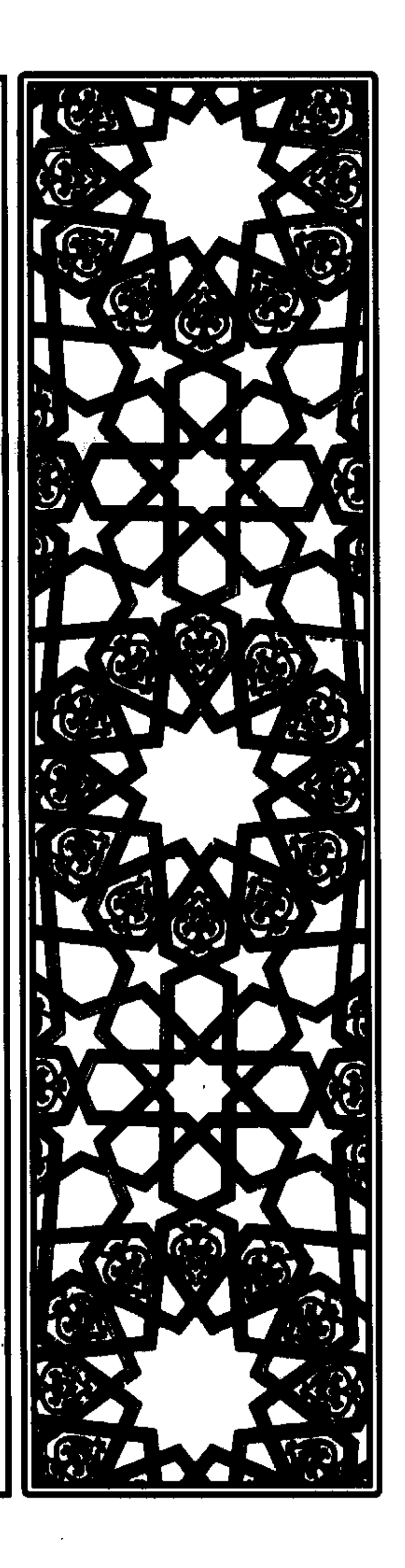
طبعت على نفقة
السيد رئيس وزراء حكومة اقليم كردستان العراق
الاستاذ نيجيرڤان البارزاني المحترم

أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي المقارن

تأليف : البروفيسور مصطفى ابراهيم الزلمي
الناشر: نشر احسان للنشر و التوزيع
الطبعة الأولى ٢٠١٤ - ١٤٣٥
مدير المشروع: ريدار رؤوف احمد
تصميم : جمعة صديق كاكه
المشرف على الطبع: ياسر يعقوبي

رقم الإيداع : ١٢٠- ٢٠١٠
رقم الدولي (ISBN) للمجموعة:
978-600-349-023-9
رقم الدولي (ISBN) للكتاب:
978-600-349-006-2

الموقع: http://zalmi.org/arabic
الايميل: dr.alzalmi@gmail.com
فيسبوك: facebook.com/dr.alzalmi



﴿ وَمِنْ ءَايَٰتِهِۦٓ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَٰجًا لِّتَسْكُنُوٓا۟ إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً ۚ إِنَّ فِى ذَٰلِكَ لَءَايَٰتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ ﴿٢١﴾ ﴾

سورة الروم/ ٢١

﴿ ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ ۖ فَإِمْسَاكٌۢ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌۢ بِإِحْسَٰنٍ ۗ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُوا۟ مِمَّآ ءَاتَيْتُمُوهُنَّ شَيْـًٔا إِلَّآ أَن يَخَافَآ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ ۖ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ ۗ تِلْكَ حُدُودُ ٱللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا ۚ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ ٱللَّهِ فَأُو۟لَٰٓئِكَ هُمُ ٱلظَّٰلِمُونَ ﴿٢٢٩﴾ ﴾

سورة البقرة/ ٢٢٩

(تُنْكَحُ الْمَرْأَةُ لأَرْبَعٍ لِمَالِهَا وَلِحَسَبِهَا وَلِجَمَالِهَا وَلِدِينِهَا فَاظْفَرْ بِذَاتِ الدِّينِ تَرِبَتْ يَدَاكَ)

رواه البخاري/ ٤٧٠٠

الفهرس

القسم الأول

أحكام الزواج في الإسلام

(دراسة مقارنة بالقانون)

المقدمة

القرآن دستور الهي اقتصر على الاسس المنهجية والقواعد الكلية صانعا اطارا من الاخلاق تاركا للعقل البشري التفصيلات واحكام الجزئيات، ليتحرك داخل حدود هذا الاطار.

وقد تناول ـ استثناءاً ـ احكام الأسرة البشرية بشيء من التفصيل في زواج، وطلاق، ورضاع، وحضانة، وولاية، ونفقة، ووصية، وتركة، ووراثة... لسببين:

احدهما: أهمية وخطورة الأسرة وتأثيرها المباشر على مصير المجتمع صحة وفسادا.

وثانيهما: كل خلل يحدث في احكام الأسرة يمس كرامة الإنسان في أساسها، فاقتضى ذلك تضييق دائرة الاجتهاد، وتحديد تحرك العقل في مسائل الأحوال الشخصية.

وجعل سبحانه وتعالى صلة الزوجية أساسا للسكينة والطمأنينة والرحمة والمودة، ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجاً لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾.[1]

وقد بنى سبحانه وتعالى زوجية الرجل والمرأة على ثلاثة أسس:

احدها: انها تفاعل هدفه الرئيس النسل الصالح الوارث للأرض، وهو جزء من التفاعل الكوني الطبيعي، فيجب ان يتّسم بطابع الثبات والاستمرارية غير قابل للانحلال، شأنه شأن تفاعل الزوجية بين سائر الأجزاء الكونية التي لا تخضع لظاهرة الاضمحلال.

وثانيها: ان زوجية الرجل والمرأة ذات طبيعتين، الطبيعة الفعلية التي يمثلها الرجل والطبيعة الانفعالية التي تتسم بها المرأة، كالزوجية القائمة بين بقية الأجزاء الكونية، فليس احد الزوجين متفضلا على الآخر ولا متميزا بميزة زائدة تساهم في تكوين النتيجة المستهدفة من الحياة الزوجية، فهو يساهم بفعله وهي تساهم بانفعالها دون أي تفاضل.

---

[1] سورة الروم/٢١

وثالثها: طبيعية الفعل تتطلب صفة الخشونة وطاقة المقاومة والتأثير، كما أن مقتضى طبيعة الانفعال اللينة والتحنن والرقة والتأثر، ولهذا الواقع الفسيولوجي لو كُلفت احدى الطبيعتين بوظيفة الطبيعة الأخرى لانعكست نتائج التفاعل الأسري ولتحولت الى آثار سلبية على الفرد والمجتمع، فاقتضت ضرورة الحياة ان يبقى الزوج قائما بدوره الفعلي متحملا مسؤولية تأمين المقومات المادية الأسرية[١] حتى تتفرغ الزوجة للقيام بدورها الانفعالي وضمان المقومات المعنوية حين أداء رسالتها (رسالة الأمومة) والتربية الصحيحة لتكوين أجيال صالحة وارثة للأرض، انبثاقاً من وعده سبحانه وتعالى ﴿وَلَقَدْ كَتَبْنَا فِي الزَّبُورِ مِنْ بَعْدِ الذِّكْرِ أَنَّ الأَرْضَ يَرِثُهَا عِبَادِيَ الصَّالِحُونَ﴾.[٢]

لمحة تاريخية للقضاء وقانون الأسرة:

منذ فجر الإسلام كانت الشريعة الإسلامية هي القانون الوحيد الذي يخضع له الروابط والعلاقات بين الناس في العالم الإسلامي لا في الأحوال الشخصية فحسب، بل في جميع القضايا المدنية والجنائية أيضا.

وكان القضاة يُطبقون هذه الشريعة من المجتهدين الذين يتحركون في اطار الشريعة تحريا عن العدالة دون تقيد بنصوص محددة أو بتطبيق حرفية النص كالتقيد المتبع في القضاء الحديث في ظل القوانين الوضعية. ولكن لم يبق القضاء على هذا النمط، بل تطور نحو التقهقر الى الوراء كما يلي:

أ ـ في عهد الرسالة:

كان الرسول ﷺ اول قاض في الإسلام، وقد أصبحت سوابقه القضائية تشريعا لامته يتمسك بها المجتهد والقاضي والمفتي باعتبارها من سننه التي تحتل المركز الثاني بعد القرآن الكريم من حيث المصدرية للأحكام الشرعية.

---

[١] وهذا المعنى هو المراد من قوله تعالى: (الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ). النساء/ ٣٤.

[٢] سورة الانبياء/١٠٥

وقد كُلّف بممارسة القضاء في آيات كثيرة منها قوله تعالى ﴿ فَاحْكُمْ بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلا تَتَّبِعِ الْهَوَى﴾[١]، ﴿ إِنَّا أَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللَّهُ ﴾.[٢]

ولم يحصر الرسولﷺ السلطة القضائية في شخصه، بل خوّل غيره من أصحابه بممارسة هذه المهمة الخطيرة، كتخويل معاذ بن جبل بالقضاء حين اراده قاضيا وواليا في اليمن وقال له: ﴿كَيْفَ تَقْضِي إِذَا عَرَضَ لَكَ قَضَاءٌ؟ قَالَ: أَقْضِي بِكِتَابِ اللَّهِ، قَالَ: فَإِنْ لَمْ تَجِدْ فِي كِتَابِ اللَّهِ؟ قَالَ: فَبِسُنَّةِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ، قَالَ: فَإِنْ لَمْ تَجِدْ فِي سُنَّةِ رَسُولِ اللَّهِﷺ وَلا فِي كِتَابِ اللَّهِ؟ قَالَ: أَجْتَهِدُ رَأْيِي وَلا آلُو.[٣] فَضَرَبَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ صَدْرَهُ وَقَالَ: الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي وَفَّقَ رَسُولَ رَسُولِ اللَّهِ لِمَا يُرْضِي رَسُولَ اللَّهِ﴾[٤]، ففرح الرسول بهذه العقلية الفقهية الناضجة، وبهذا النهج المتسلسل لمراجع القضاء التي ادركها هذا الصحابي الجليل، وهكذا شجع اصحابه على التحرك العقلي السليم في ضوء اسس الشريعة الإسلامية.

ب - في عصر الخلفاء الراشدين:

اتبع الخلفاء الراشدون وبقية الاصحاب نهج الرسول القويم في القضاء وفي تخويل الغير به، فسلكوا سبيله من تعليل الاحكام وبيان اسبابها، فتارة يُعللون الحكم بما نص عليه القرآن او نطق به الرسولﷺ، وطورا يوسعون دائرة الحكم عن طريق تعليله بالعلة، فيقضون بنفس الحكم في كل مجال تتحقق فيه هذه العلة. وكان الحكم بالاجتهاد قد يسبقه الاستشارة بالاخرين من اهل الاجتهاد.

ج - في العهد الاموي:

كان القضاة ايضا من المجتهدين غير مقيدين بحدود معينة، بل كانوا يستقون الاحكام لجميع القضايا من القرآن الكريم، ثم من السنة النبوية، ثم الاجتهاد بالرأي المعزز بدليل

---

[١] سورة ص /٢٦
[٢] سورة النساء /١٠٥
[٣] أي لا اقصر
[٤] ابو داود: ٣١١٩

معترف به شرعا كالقياس، والمصلحة والعرف وغير ذلك من الادلة التي أُطلقت عليها في ما بعد (المصادر التبعية).

د ـ في الزمن العباسي:

تطور القضاء بحيث لم يعد من بين شروط القاضي ان يكون مجتهدا، بل مارس القضاء في هذا العصر أناس منهم من كان مجتهدا ومنهم من كان مُقلدا لمذهب معين يستقي منه الاحكام. فادّى ذلك الى تضارب الاحكام لتباين اراء المذاهب التي كان القضاة المقلدون يستندون اليها، فجاءت الاحكام القضائية متضاربة متباينة في حوادث متشابهة، ولعلاج هذه الظاهرة تولّى ابو يوسف[(١)] في عهد الرشيد منصب قاضي القضاة[(٢)] فحاول علاج المشكلة باختيار القضاة ممن لهم الالمام بمذهب ابي حنيفة والزمهم بالعمل بموجبه تخلصا من التضارب والتباين في احكام القضاء.

وعلى الرغم من تدوين ضوابط المحاضر والسجلات واقوال المتخاصمين وصدور الاحكام منذ سنة ١٢٠هـ. بفضل ابن شبرمه قاضي الكوفة ومن جاء بعده من القضاة الذين اتبعوا نهجه، فان تلك السوابق القضائية حُرم منها العالم الإسلامي بسبب ويلات ونكبات اصابت دواوينها نتيجة غزو الغزاة فأتلفتها.[(٣)]

هـ ـ في العهد العثماني:

بعد ان اصبح العراق جزءً من الدولة العثمانية في اوائل القرن السادس عشر (١٥٣٢م) ودام تحت حكمها زهاء اربعة قرون، كان قانون العائلة هو الذي يُطبق، ثم طُور بعد أن أعلن سلطان عبدالحميد ما يسمى (الاصلاح والانظمة الغربية) واستمر ذلك الى عهد الاحتلال.

وبعد الاحتلال البريطاني ١٩١٧م للعراق صدر عام ١٩٢٣ قانون المحاكم الشرعية، فاستحدثت بموجبه المحاكم الشرعية السنية الخاصة والخاضعة لمجلس التمييز السني الشرعي، تُطبق الفقه السني (وبصورة خاصة فقه أبي حنيفة) كقانون العائلة، والمحاكم الشرعية الجعفرية الخاصة والخاضعة لمجلس التمييز الجعفري الشرعي لتطبيق الفقه الجعفري.

---

(١) هو يعقوب بن ابراهيم بن ابي ليلى الانصاري نسبا الكوفي نشأة (١١٣ ـ ١٨٣هـ).

(٢) وهو بمثابة وزير العدل في هذا العصر وكان يُسمى شيخ الإسلام في العهد العثماني.

(٣) الاستاذ محمد شفيق العاني، احكام الاحوال الشخصية في العراق ط١٩٧٠، بغداد ص٢.

و- في الحكم الوطني:

بعد ان صدر القانون الاساس (الدستور) في عام١٩٢٥ تم اقرار التمييز المذهبي الوارد في الفقرة السابقة فنصّت المادتان (٧٦، ٧٧) منه على انه يجري القضاء في المحاكم الشرعية للاحكام الشرعية الخاصة بكل مذهب ويكون القاضي من مذهب اكثرية السكان في المحل الذي يُعين مع بقاء القاضيين السني والجعفري في مدينتي بغداد والبصرة.

وفي عام (١٩٢٢) جرت محاولة لاصدار قانون الاحول الشخصية على ان يؤخذ من الفقة الإسلامي دون تقيد بمذهب معين، فقام به ديوان التدوين القانوني ووضع لائحة لهذا المشروع، غير انه لم يُكتب له النجاح.

وفي ٢٩/١/١٩٤٥ اصدرت وزارة العدل امراً بتشكيل لجنة لوضع لائحة قانون الأحوال الشخصية ايضا ودونت اللجنة مشروعها على اساس المذهبين السني والجعفري، ولكن لم يكتب لهذا المشروع ايضا أن يصبح قانوناً.

وفي ٧/٢/١٩٥٩ شكلت وزارة العدل لجنة تتكفل وضع لائحة مستقاة من الفقه الإسلامي مما هو متفق عليه او راجحٌ من الاحكام الشرعية، وقد تم وضع المشروع دون تقيد بمذهب معين وكُتب له أن يصبح قانون الأحوال الشخصية المرقم (١٨٨) في ٢٩/١٢/١٩٥٩، وقد اجريت عليه تعديلات متعددة اولها كان بموجب قانون رقم (١١) لسنة ١٩٦٣.

كما صدر قانون السلطة القضائية رقم (٢٦) لسنة ١٩٦٣ فأُلغي بموجبه مجلسا التمييز الشرعي السني والجعفري وأُستُعيض عنهما بـ(هيئة المواد الشخصية) من محكمة التمييز، ومن الجدير بالذكر ان مصطلح (قانون الأحوال الشخصية) الذي له اطلاقات اخرى كقانون العائلة وقانون حقوق العائلة، وقانون الأسرة ليس من المصطلحات الفقهية الإسلامية، وانما مصدره التاريخي هو الفقه الايطالي حيث كانت في شمال هذا البلد ولايات ومدن مستقلة طُبقت عليها قوانين خاصة سُميت (الأحوال) الى جانب القانون الروماني الذي كان بمثابة القانون العام لجميع الولايات. ثم انتقل المصطلح الى فرنسا حين كانت مُقسمة الى مُقاطعات اقطاعية، وتبناه القانون المدني الفرنسي بعد توحيد المقاطعات عام١٨٠٤، ثم تداولته التشريعات الاوربية، وقد استُعمِل في العراق في المادة (١١) من بيان المحاكم الصادر ٢٨/١١/١٩١٧ مصطلح (المواد الشخصية)، وأُستُعمِل لاول مرة تعبير (الأحوال الشخصية) في قانون المحاكم الشرعية الصادر في٣٠ /٦/١٩٢٣ ثم في القانون الاساس

(الدستور) الصادر في١٩٢٥ ثم ترسخ في قانون الأحوال الشخصية للاجانب رقم (٧٨) لسنة١٩٣١، وأخيرا استقر في قانون الأحوال الشخصية القائم.

خطة الدراسة:

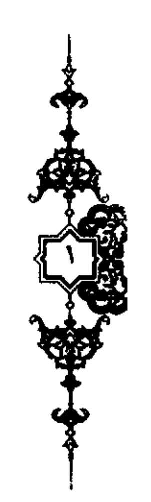
تُقسّم دراسة الموضوع الى قسمين: يُخصص الاول لاحكام الزواج والثاني لاحكام الطلاق. وتُوزع دراسة القسم الأول على ستة فصول والقسم الثاني على اربعة فصول:

القسم الاول: احكام الزواج في الإسلام

الفصل الاول: التعريف بالزواج
الفصل الثاني: مقدمات الزواج
الفصل الثالث: محرمات الزواج
الفصل الرابع: عناصر(أركان وشروط) الزواج
الفصل الخامس: الحقوق الزوجية
الفصل السادس: النفقة النسبية

القسم الثاني: احكام الطلاق في الإسلام

الفصل الاول: التعريف بالطلاق
الفصل الثاني: عناصرالطلاق
الفصل الثالث: مدى سلطان الإرادة في التفريق القضائي
الفصل الرابع: آثار فِرق الزواج



الفصل الاول

التعريف بالزواج

التعريف بالزواج هو معرفة حقيقته وحكمته وحكمه الشرعي، فتُوزع دراسة هذه النقاط على المباحث الثلاثة الاتية:



المبحث الأول
تعريف الزواج

الزواج في الاصطلاح الشرعي ميثاق ترابط شرعي على وجه التأبيد بين رجل وأمراة تحل له شرعا هدفه العفاف والنسل وانشاء الأسرة علـى أسـس تكفـل لهمـا السـكينة والمـودة والرحمة.

والزواج ليس عقدا محله الزوجة، فالزوجة ليست بضاعة تُباع وتُشترى وثمنها مهرها حتـى تكون معقودا عليها، لانها حينئذ تكون أحد طرفي العقد ومعقـودا عليهـا في عقـد واحـد وهذا ما يأباه الشرع والقانون والمنطق السليم.

هذا من الناحية العقلية واما من الناحية النقلية فان القرآن الكريم نص على ان الزواج ميثاق، بل وصفه بانه ميثاق غليظ في قوله سبحانه وتعالى﴿ وَإِنْ أَرَدْتُمُ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَاراً[1] فَلا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئاً أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَاناً[2] وَإِثْماً مُبِينـاً، وَكَيْـفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى[3] بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنكُمْ مِيثَاقاً غَلِيظاً ﴾[4] أي عهدا شديدا.

وخلاصة الكلام الزواج شركة روحية بين الزوج والزوجة رأس مالها الحب المتبادل والاحترام المتقابل وربحها السكينة والمودة والرحمة وانجاب جيل جديد صالح.

---

[1] مالاً كثيراً
[2] ظلما.
[3] وصل.
[4] سورة النساء/٢٠، ٢١.

المبحث الثاني
حكمة الزواج [١]

يُفهم من تعريفه المذكور ويُؤخذ من واقع الحياة ان الغرض الاساس من الزواج هو العفاف والنسل وبقاء سلالة الإنسان، بطريقة تختلف عن كيفية بقاء الحيوانات وتتفق مع المكانة التي يتمتع بها من بين الكائنات الحية وتمييزه منهـا وتكريمـه[٢] وتنعيمـه[٣] وتصـويره بأحسـن صورة،[٤] وانبثاقا من هذا الغرض الرئيس للزواج يجب على الإنسـان ان يُـدرك ان الغريـزة الجنسية لم تُخلق لتكون غاية في ذاتها وإنما هي في حقيقتها منقسمة الى ثلاث غرائز فرعية:

احداها: الغريزة الشهوانية الحيوانية المادية بين الرجل والمرأة، تلـك الفتنـة الـتي تجـذب احدهما نحو الآخر.

وثانيتها: الغريزة العاطفية الروحية المهذبة (أو الحب المعنوي) بين الصنفين[٥] المتأتية من الرابطة الزوجية.

وثالثتها: غريزة الحب العائلي الذي يربط بين الزوجين من جهة وبينهما وبين الاولاد مـن جهة اخرى، وهذه الاخيرة هي أساس الرابطة الاجتماعية والاسرية واسمى الغرائـز، لان الأسرة المنبثقة من الرابطة الزوجية خلية المجتمع، فمن الخلايا الاسرية تتكون هياكل المجتمعات وتتبعها في صلاحها وفسادها، فإذا صلُحت الأسرة صلُح المجتمـع وعـمّ الخير وسادت الفضيلة، وان فسدت فسد المجتمع وعمّت الرذيلة.

والخضوع لاحدى هذه الغرائز الثلاث دون الاخرى خروج عن مقتضى سنة الحياة، كمـا ان استعمال الغريزة الجنسية لغير غرضها الطبيعي اصطدام مع الطبيعة الإنسـانية وخروج منها الى العالم الحيواني.

---

[١] الحكمة بالمفهوم الفلسفي هي العلة الغائية لعمل اختياري يقدم عليه الانسان.

[٢] قال تعالى (ولقد كرمنا بني آدم).

[٣] قال تعالى (فاما الانسان اذا ما ابتلاه ربه فاكرمه ونعمه فيقول ربي اكرمني) الفجر: ١٥.

[٤] قال تعالى(ولقد خلقنا الانسان في احسن تقويم)

[٥] وإطلاق الجنسين عليهما خطأ شائع.

المبحث الثالث

تكييف الزواج (حكمه التكليفي)

يختلف حكم الزواج التكليفي[1] باختلاف الظروف التي تُحيط بالزوجين وبوجه خاص الزوج، لذا تعتَوِره الاحكام الشرعية التكليفية الخمسة في ضوء تلك الظروف كالاتي:

١- الاصل في الزواج بغض النظر عن كل ظرف هو الاباحة، أي التخيير بين الاقدام عليه أو الاعراض عنه دون ترتب اية مسؤولية على فعله أو تركه.

٢- الزواج واجب عند توفر المقدرة المالية والبدنية للرجل، اذا كان يخشى عليه ان يقع في جريمة الخطيئة مع التأكد في انه لا يظلم الزوجة في قيامه بالواجبات والالتزمات الزوجية.

٣- الزواج مندوب عند وجود المقدرتين (المالية والبدنية) مع عدم قيام الخوف في وقوع الخطيئة أو ظلم الزوجة كما في حالة انشغال الشخص بالدراسة وصرف ارادته الى تحقيق اهدافه العلمية.

٤- الزواج محرم وبوجه خاص تعدده اذا علم من يروم الاقدام عليه انه يظلم الزوجة الجديدة أو الزوجة السابقة، لأن الله قيّد جواز التعدد بتحقيق العدالة مع كل واحدة وإلاّ فيُحرم بل يُبطل إن خالف امر الله، لان الله امر بالاقتصار على واحدة في حالة خوف عدم تطبيق العدالة وكل امر للوجوب ما لم تقم قرينة على خلاف ذلك وترك الواجب معصية وكل معصية باطلة.

فقال سبحانه وتعالى ﴿ فَانْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلاثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً ﴾[1] اي اقتصروا على زوجة واحدة. وتفسير هذا الامر بانه

---

[1] الحكم الشرعي التكليفي هو مدلول خطاب الله المتعلق بتصرفات المكلفين على وجه الاقتضاء أو التخيير.

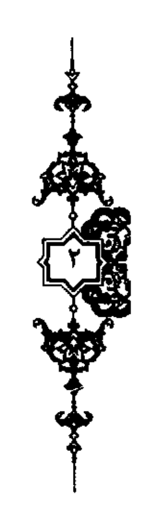
والاقتضاء طلب الفعل أو الترك وطلب الفعل على وجه الحتم والالزام ايجاب واثره الوجوب والفعل المطلوب واجب وعلى وجه الاولوية والافضلية استحباب واثره الندب والفعل المطلوب مندوب وطلب الترك على وجه الحتم والالزام تحريم واثره الحرمة والفعل المطلوب تركه محرم وعلى وجه الاولوية والافضلية استكراه واثره الكراهة والمطلوب تركه مكروه والتخيير هو اعطاء الحرية للأنسان لاختيار فعل أو تركه

للندب أو الارشاد خطأ لا يُغتفر، ومن القواعد الاصولية ان كل حكم اذا كان منوطاً بشرط يكون للاستثناء. كما في الاية المذكورة، وبناء على ذلك الاصل في الزواج هو الاقتصار على واحدة والتعدد يكون استثناءً ولاسباب مبررة كما يأتي في محله.

٥ـ الزواج مكروه أذا غلب على ظنه انه لا يقدر على ان يفي بالالتزامات الزوجية لعدم قدرته المالية أو البدنية أو لانه لا يستطيع ان يضبط ارادته ليمنع نفسه من التجاوز على حقوق الزوجة.

---

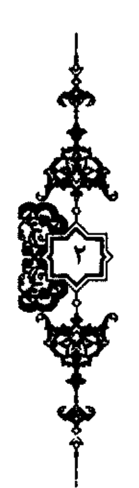
[1] سورة النساء /٢.



الفصل الثاني

مقدمات الزواج

الزواج لاهميته وخطورته في حياة المجتمع ولديمومته وفائه بغرضه يتطلب ان تسبقه مقدمات ثلاث: الاولى ـ حسن الاختيار، والثاني التعارف المتبادل والثالث الخطبة، ونفرد كل مقدمة منها بمبحث مستقل.



المبحث الاول

حسن الاختيار للشريك والشريكة في الحياة

الزواج ليس حقل التجارب حتى اذا فشل الحظ في احداها يُجرب في اخرى، ولا تجارة اذا خسرت في بضاعة تُبدَل باخرى رابحة، بل هو ميثاق وعهد ورباط بين ذكر وانثى من بني الإنسان، يفوق كل رباط وكل علاقة بين الافراد في المجالات الاخرى، بل ان مدى سعادة وشقاء كل فرد من افراد الأسرة يُقاس بمدى قوة وضعف هذا الرباط المعنوي بين الزوجين، ولهذا بل ولاكثر من هذا يتحتم على كل من يريد ان يكون زوجا لاخر لإنشاء كيان مشترك، أن يبدأ اولاً بأسسه الثابتة وركائزه المتينة حتى لا يتعرض بناؤه للتصدع والانهيار، لانه اذا انهدم لا تقتصر آثاره السيئة والسلبية على من كان تحت سقفه من الزوجين والاولاد فحسب، بل تتجاوزهم الى المجتمع فتجرّه الى ويلات التشرد والانحراف، وبالتالي الى تفشي ظاهرة السلوك الاجرامي.

مواصفات الاختيار الصائب:

كل انسان اراد أن يُرشح من يكون شريكه مدى الحياة في شركة روحية رأس مالها التضامن والتكافل في السرّاء والضرّاء، عليه ان يُراعي ضرورة توفر المواصفات الاتية:

اولا: ان يكون المرشح ذا صلاح ودين: حيث تأتي السجية الفاضلة والتحلي بالفضائل والتخلي عن الرذائل لكل انسان ذكراً كان ام انثى في مقدمة جميع المقومات الشخصية، ويدل على هذه الحقيقة ان الله تعالى حين اراد ان يصف نبيه محمداً عليه الصلاة والسلام بما يتميز به من غيره وصفه بقوله ﴿إِنَّكَ لَعَلَى خُلُقٍ عَظِيمٍ﴾.[1]

وقد أخطأ من زعم أن الاخلاق نسبية تتغير من مجتمع الى اخر ومن زمان الى زمان، فهذا زعم ساقط مبني على الخلط بين الاخلاق وبين الاعراف والعادات، فالأخلاق صفات ثابتة لا تخضع للتبدل مهما تطورت الحضارة البشرية، فلا يأتي يوم يقضي العقل السليم بحسن الصفات الرذيلة كالكذب والخيانة والتفسخ الخُلقي وامثالها، أو

---

[1] سورة القلم: ٤.

يحكم بقُبح مكارم الاخلاق كالصدق والامانة والعفة واشباهها، ما دام الإنسان محتفظاً بصفته الإنسانية غير منحط الى المستوى الهمجي والسلوك الحيواني.

وقد أكّد الرسول الاعظم ﷺ رعاية صفة الصلاح في الدين والاخلاق عند الزواج في اقوال كثيرة، منها قوله المعروف ﴿ تنكح المرأة لأربع، لمالها ولحسبها ولجمالها ولدينها، فاظفر بذات الدين تربت يداك﴾[1]. أي العوامل التي تدفع الإنسان الى اختيار امرأة لتكون زوجته في المستقبل هي احدى خصالها الاربع في غالب العادة مالها، لأن المال يُستعان به على نيل المآرب، وحسبها لأنه مناط التفاخر وحساب مآثر الاباء، وجمالها لأن النفس توّاقة الى الجمال، ودينها لأنه أساس القيم ومنبع الاخلاق، وقد حثّ الرسول ﷺ على اختيار الاخير وقال فأظفر بذات الدين تربت يداك، أي فليكن الدافع هو السبب الاخير، لان تفضيل أية صفة اخرى على الصلاح الديني والاخلاق الحميدة عند التضارب والمفاضلة، يؤدي حتماً الى المذلة التي اشار اليها الرسول ﷺ عن طريق الكناية بقوله (تربت يداك) أي إلتصقت بالتراب، ومنها قوله ﴿تخيروا لنُطفكم فإن العرق نزاع﴾[2] أي ينقل الصفات الوراثية، ان كانت خيراً فخير وان كانت شراً فشر. ومنها قوله ﷺ ﴿تزوجوا من حُجر صالح فإن العرق دساس﴾.[3]

وهذه الاحاديث وان خاطبت الرجال ظاهراً الا انها من حيث المعنى والمغزى موجهة الى الصنفين (الذكر والانثى)، فعلى المرأة حين اختيار شريك حياتها ان تراعي ما أمر به الرسول ﷺ وان تُرجح الصلاح الديني والاخلاق الحميدة في من تختاره شريكا لحياتها، ونعم الزواج زواج توافرت فيه هذه الصفات الاربع الواردة في الحديث الأول بالنسبة لكل من الزوجين.

وحدد الرسول ﷺ في حديث آخر بعض ميزات المرأة الصالحة بعد ان وصفها بأنها خير كنز يكتنزه الإنسان في حياته، فقال: (الا أخبركم بخير ما يكنز المرء؟[4] المرأة الصالحة: اذا نظر اليها سرّته، واذا غاب عنها حفظته، واذا أمرها اطاعته).[5]

---

[1] نيل الاوطار ٦/١١٩،سنن أبي داود مع حاشية عون المعبود ٢/١٢٤.

[2] الحديث عند ابن ماجه وقد انفرد به عن اصحاب الكتب التسعة

[3] طبقات الشافعية الكبرى ٦/٣١٠

[4] أي مايكنزه المرء.

[5] نيل الاوطار ٦/١١٤

ثانيا: ان تكون بكراً، من المفضل والمستحسن ان يختار الرجل البنت الباكر، وتختار البنت الرجل الباكر[١] ما لم تكن هناك ظروف خاصة تدعو الى خلاف ذلك والاصل في هذا الوصف أيضاً أحاديث الرسول ﷺ، منها ما رواه جابر بن عبدالله من انه قال (قال رسول الله ﷺ: أتزوجتَ؟ قلت: نعم. قال: بكراً أم ثيّباً؟ فقلت: ثيّباً، قال: هلاّ بكراً[٢] تُلاعبها وتُلاعبك؟ قلت: ان ابي قُتل يوم أُحُد وترك تِسع بنات، فكرِهت ان أجمع اليهنّ جارية خرقاء[٣] مثلهن، ولكن إمرأة تُمشّطُهنّ وتقوم عليهن. فقال: بارك الله لك).[٤] ومنها قوله: (عليكم بالابكار فإنهنّ أعذب افواها وأنقى ارحاما[٥] وارضى باليسير).

وعلل الرسول ﷺ في الحديثين المذكورين وجه افضلية زواج البكر بأن فيه الأُلفة التامة، فإن الثيّب قد تكون متعلقة القلب بالزوج الاول، فلا تكون محبتها كاملة بخلاف البكر، وبأنها اكثر رضاء بالوضع المالي للزوج.

وقالوا في البِكر ثلاث فوائد:

إحداها: ان الباكر تُحب الزوج الاول وتألفه والطباع مجبولة على الأُنس بأول مألوف، وأما التي مارست الرجال، فربما لا ترضى ببعض الاوصاف التي تُخالف ما الّفته فتكره الزوج الثاني.

الثانية: ان ذلك اكمل في مودتها له.

الثالثة: لا تحن الا للزوج الاول. وقد قيل سابقا:

نقل فؤادك حيث شئت من الهوى ... ما الحب الا للحبيب الاول

كم منزل في الارض يألفه الفتى ... وحنينه ابـدا لأول منزل

استشير شخص في قضية زواج فقال للمُستشير: النساء ثلاث، واحدة لك، وواحدة عليك، وواحدة لا لك ولا عليكَ.

فالبكر لك وذات الولد من غيرك عليك، والثيب لا لك ولا عليك.

---

[١] لفظ الباكر يغلب استعماله للاناث، وهو يقابل الثيب، ويجوز استعماله للرجال غير المتزوجين سابقا.

[٢] مفعول لفعل محذوف، تقديره هلا تزوجت بكراً، وهناك رواية اخرى (افلا بكرا). هلا أداة تنديم، ان دخلت على فعل ماضٍ، وأداة تحضيض ان دخلت على المستقبل.

[٣] وهي التي لا تحسن العمل.

[٤] نيل الاوطار ١١٩/٦. سنن أبي داود ١٢٥/٢.

[٥] أي اكثر اولاداً، يقال للمرأة كثيرة الاولاد.

وقال الغزالي رحمه الله: (وكما يُستحب نكاح البكر يُسن ان لا يُزوج الـولي بنتـه الا من بكر لم يتزوج قط، لأن النفوس جُبلت على الايناس بـأول مـألوف[1]، هـذا اذا لم يكن للزوج ظرف خاص يتلاءم مع التزوج بالثيب دون البكر، فإن كان هنـاك مـا لا يتناسب مع تزوج البكر، ككِبر سن الزوج أو وجود أولاد له من زوجـة سـابقة، وهـم بحاجة الى مربية[2] أو ما يشبه ذلك، فان المفضل في هذه الظـروف هـو زواج الثيـب، كما فعل ذلك جابر بن عبدالله واستحسن الرسول ﷺ صنيعه.

ثالثا: ان تكون ولـوداً ودوداً: واكّد الرسول ﷺ هذه الصفة للزوجة ايضا في اقواله منها: (تَزَوَّجُوا الْوَدُودَ الْوَلُودَ فَإِنِّي مُكَاثِرٌ بِكُمْ الْأُمَمَ).[3]

---

[1] أحياء علوم الدين ٢/٤٢

[2] كما في حديث جابر وظروفه.

[3] أبو داود ١٧٥٤، الولود: كثيرة الولد. والودود: المودودة بمالها من حسن الخلق.

المبحث الثاني

تعرف كل من الطرفين على الاخر

المنطلق الاول لهذا التعارف هو الرؤية ونظر كل للآخر في الحدود المشروعة ووقت هذا التعارف يجب ان يكون قبل الخطبة وبعد العزم مع غَلَبة الظن في الاستجابة وقد وردت احاديث كثيرة من الرسولﷺ بصدد هذه المقدمة من مقدمات الزواج وتناوله الفقهاء بالبحث في كتاب النكاح ومن هذه الاحاديث:

قوله ﷺ: (إِذَا أَلْقَى اللَّهُ فِي قَلْبِ امْرِئٍ خِطْبَةَ امْرَأَةٍ فلا بَأْسَ أَنْ يَنْظُرَ إِلَيْهَا).[١]

وقوله: (إِذَا خَطَبَ أَحَدُكُمْ الْمَرْأَةَ[٢] فَإِنْ اسْتَطَاعَ أَنْ يَنْظُرَ إِلَى مَا يَدْعُوهُ[٣] فَلْيَفْعَل)[٤]

وفي رواية اخرى: (إِذَا خَطَبَ أَحَدُكُمْ الْمَرْأَةَ فَإِنْ اسْتَطَاعَ أَنْ يَنْظُرَ إِلَى مَا يَدْعُوهُ إِلَى نِكَاحِهَا فَلْيَفْعَلْ).

وقد بيّن الرسولﷺ في احاديثه حكمة رؤية المخطوبة، فقد رُوي ان المغيرة بن شعبة خطب امرأة، فقال له النبي ﷺ: أنظرت إليها؟ فقال: لا، فقال له الرسول ﷺ: انظر اليها فإنه احرى ان يُؤدم بينكما.[٥]

وكذلك من الضروري للمخطوبة ان تنظر الى من يخطبها حتى تأتي الموافقة على الخطبة والزواج مقرونة بالرغبة التامة والرضا الكامل.

وعدم تعرض احاديث الرسول ﷺ لنظر المخطوبة الى الخاطب لا يدل على ان جواز النظر يقتصر على الرجل، وإنما يدل على ان المرأة غالبا تكون مُستترة، فجاء النص صراحة بجواز النظر اليها، اما الرجل فهو دائما ظاهر غير مستتر، تستطيع المخطوبة ان تراه بسهولة وان تتعرف على محاسنه وقباحته بدون وجود عائق، بخلاف نظر الرجل الى المرأة، ولهذا اقتصرت

---

[١] ابن ماجه: ١٨٥٤ السنن الكبرى ٨٥/٧ نيل الاوطار ٩٤/٦.

[٢] أي اراد ان يخطبها أو اراد خطبتها لان الرؤية يجب ان تكون قبل الخطبة.

[٣] أي يحمله ويبعثه.

[٤] ابو داود: ١٧٨٣ عون المعبود على سنن ابي داود باب الرجل ينظر الى المرأة.

[٥] سبل السلام ١١٢/٣- ١١٣وفيه: رواه احمد وابو داود ورجاله ثقات.

احاديث الرسول على الرجل حتى يُبين له انه رغم اختفاء المرأة عن الانظار، من الضروري ان يراها الخاطب قبل الخطبة اذا عزم على خطبتها وزواجها.

واما خروج البنت مع من ينوي خطبتها أو حتى بعد خطبتها وقبل الزواج الى المنتزهات والامكنة العامة بحجة تعرف كل على سلوك الاخر، فهو أمر يُنكره الشرع الإسلامي بشدة ويرفضه العقل السليم، لان هذه الطريقة بالاضافة الى عدم مشروعيتها، قد تُسيء سمعة البنت وعائلتها عندما لم يتم الاقدام على الخطبة أو لم يتم الزواج، ايّاً كان سبب الاعراض، فعلى من يُهمه ان يصون شرفه ويحافظ على سمعته، الا يسمح بالاختلاط الا في البيت أو في أي مكان محترم، مع وجود المحرم بينهما.

الاستشارة:

بالنظر لتطور الحياة وتغير النفوس وتصنع كل من الخاطب والمخطوبة والاظهار بما ليس فيه من صفات تجلب الطرف الآخر اليه وتزيد في رغبته في الاقدام على الخطبة والزواج، من المستحب ان يستشير كل من الخاطب والمخطوبة قبل الخطبة بأمين يكون محل ثقة وصدق وامانة يعرف سلوك الاخر وسيرته واصله ونسبه ومكنته المالية ومركزه الاجتماعي في المجتمع وسمعته في منطقة سكنه الى غير ذلك من الاستفسارات الضرورية التي تكشف حقيقة وواقع كل منهما، لأن شركة الزواج تختلف في جوهرها وطبيعتها واهدافها عن كل شركة اخرى في الحياة.

وقد تترتب على انسحاب أي منهما عن الخطبة والعدول عنها بعد الاقدام عنها نتائج سلبية مادية ومعنوية.

أمانة المستشار:

من استشير في خاطب أو مخطوبة حول الصلاحية وعدم الصلاحية لبناء الرباط الزوجي والحياة المشتركة في السرّاء والضراء، يجب عليه ان يقول الحقيقة والواقع، وان يذكر المساوي والمحاسن، وان يُبين العيوب الموجودة اذا كان لها التأثير على مستقبل الحياة الزوجية، لأن المستشار معتمد ومستأمن ومحل ثقة من استشاره ولأنه يقرر مقدما مصير نجاح أو فشل الزواج ببيان الحقائق ذات التأثير.

وذكر المساوي والعيـوب مُحـرم في الشـريعة الإسـلامية الا في حالـة الاستشـارة ويجـب الاقتصار على ما يتعلق بالحياة الزوجية، فهو ليس غيبة وانما تقديم عون ومساعدة الى من استشاره، والدليل على مشروعية ذلك هو ان فاطمة بنت قيس حين استشارت رسـول الله ﷺ في تزوجها من ابي جهم أو معاوية، قال لها: (أَمَّا أَبو الْجَهْمِ فَلَا يَضَعُ عَصَاهُ[1] وَأَمَّا مُعَاوِيَةُ فَصُعْلُوكٌ لا مَالَ لَهُ، انْكِحِي أُسَامَةَ بْنَ زَيْدٍ).[2]

وكذلك لو استشير الخاطب[3] في أمر نفسه فان كان فيه عيـب أو نقـص أو عـدم المكنـة المالية أو القابلية البدنية للمعاشرة الزوجية لوجب ذكر الحقيقة وبيان الواقـع حتـى لا يخـدع الطرف الآخر.[4]

وجملة الكلام هو انه يجب ان يـذكر الخاطـب لمخطوبتـه جميـع العيـوب البدنيـة والماليـة والاجتماعية والصحية اذا وجد عيب من هذه العيوب أو غيرها، وكذلك يجب على المخطوبـة ان تذكر لخاطبها كل ما فيها من عيب أو نقص اذا وجد.

---

[1] هذا الكلام كناية عن انه كثير الضرب والايذاء لزوجته ويرى البعض انه كناية عن كثرة السفر.
[2] مسند الامام احمد: ٢٦٠٦٣. مغني المحتاج للشربيني ١٢٧/٣ اعانة الطالبين للدمياطي ٢٦٢/٢.
[3] والمراد به ما يشمل المخطوبة ايضا.
[4] مغني المحتاج للشربيني ١٢٧/٣ اعانة الطالبين للدمياطي ٢٦٢/٢.

المبحث الثالث

الخطبة وآثار العدول عنها

الخِطبة: بكسر الخاء وفتحها: إبداء الرجل رغبته في زواج امرأة معينة خالية مـن الموانـع الشرعية واستجابة الرغبة منها، فهو خاطب وهي مخطوبة.

تكييف الخطبة:

الخطبة ليست بعقد زواج وانما هي وعد به فالعدول عنها لا يُؤدي الى مسـؤولية عقديـة، وانما يكون مصدر المسؤولية التقصيرية اذا لم يكن للعدول مبرر شرعي.

أهمية الخطبة:

الزواج رباط شرعي خطير وميثاق مهم بين الذكر والانثى يتطلب التروي والتبصـر وقطـع مقدماته بخطوات متسلسلة مقترنة بالتمحص والدقة والتروي والتأكد من توافر رضا الطرفين ورضا اسرتيهما، لأن كل عيب يشوب هذا الرضا سيؤدي غالبا الى فشل هذا الرباط.

فالخطبة هي المرحلة الاخيرة من مراحل ومقدمات الـزواج وحجـر اسـاس لبنـاء الكيـان الزوجي، فاذا تمّت بنجاح تكون ضمانا لنجاح الزواج في المستقبل.

الخطبة على خطبة الغير:

نهى رسول الله ﷺ عن الخطبة على خطبة الغير ما لم يأذن الخاطب الاول أو يـترك الخطبـة. فعن ابْنِ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا، كَانَ يَقُولُ: (نَهَى النَّبِيُّ ﷺ أَنْ يَبِيـعَ بَعْضُـكُمْ عَلَـى بَيْـعِ بَعْضٍ، وأن يَخْطُبَ الرَّجُلُ عَلَى خِطْبَةِ أَخِيهِ حَتَّى يَتْرُكَ الْخَاطِبُ قَبْلَهُ أَوْ يَأْذَنَ لَهُ الْخَاطِبُ).[1]

واختلف في حكم زواج الخاطب الثاني مخطوبة الخاطـب الاول، فقـال جمهـورهم[2]: الـزواج صحيح لان الخطبة ليست عقدا ولكن الخاطب الثاني آثم امام الله يُسأل ديانة لا قضاءً.

---

(١) صحيح البخاري: ٤٧٤٦. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٢/٢١٧

(٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير٢/٢١٧

فالنهي في الحديث لا يدل على فساد المنهي عنه، لانه ليس لذاته ولا لوصفه اللازم، وانما لوصف غير لازم وهو ايذاء قلب الخاطب الاول.

وقال الظاهرية: يكون زواج الخاطب الثاني فاسدا يجب فسخه مطلقا، سواء دخل بها ام لا، لأن النهي يُفيد فساد المنهي عنه مطلقا، أي سواء اكان النهي لذات المنهي عنه ام لوصفه اللازم ام لوصفه غير اللازم.

والرأي المشهور في مذهب الامام مالك هو التفصيل الاتي:

على القاضي قبل الدخول اذا علم به ان يحكم بفسخ الزواج وتفريق الزوجين، اما بعد الدخول فيبقى مستمرا لا يُفسخ، لانه تأكد بالدخول وفسخه يترتب عليه ضرر اكثر من ضرر الخطبة على الخطبة.[1]

اثر العدول عن الخطبة:

اهم اثار العدول عن الخطبة بدون مبرر، ما يأتي:

أ- العدول بدون مبرر يُعتبر منافيا للاخلاق والسلوك السليم، لان الله تعالى امر بالوفاء بالوعد في قوله الكريم: ﴿ وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْؤُولاً ﴾[2]

واكّد ذلك الرسول ﷺ في قوله (آيَةُ الْمُنَافِقِ ثَلَاثٌ إِذَا حَدَّثَ كَذَبَ وَإِذَا وَعَدَ أَخْلَفَ وَإِذَا اؤْتُمِنَ خَانَ).[3]

ورغم ذلك فان الشريعة الإسلامية لم تلزم الخطيبين بإكمال الزواج قضاءً، وانما الالتزام ديانة، لان الالزام القضائي يكون اكراها على الزواج والزواج ميثاق دائمي يجب ابعاده عن كل اكراه.

ب - اتفق فقهاء الشريعة والقانون على ان ما يقدمه الخاطب لمخطوبته على اساس انه مهر او جزء منه يجب رده أو رد بدله مطلقا اذا لم يتم الزواج ايا كان السبب، سواء كان اراديا أو لا اراديا كالوفاة، لان المهر من اثار الزواج وهو لم يحصل.

---

(١) الشرح الصغير مع حاشية الصاوي ٣٥١/١.

(٢) سورة الاسراء: ٣٤

(٣) صحيح البخاري: ٣٢

ج ـ وفي ما عدا المهر، اذا كان هناك شرط أو عُرف بصدد ردّ الهدايا أو عدم الردّ، يجب العمل بمقتضاه واذا لم يكن شرط ولا عرف، فان كان العدول من الخاطب فلا رجوع له في شيء من هداياه، لانه آلم المخطوبة بالعدول عن الخطبة، فلا يحق له ايلامها من جهة اخرى بمطالبتها بالهدايا التي قدّمها لها أو ببدلها.

وان كان العدول من المخطوبة فعليها رد ما قبضته اذا كان باقيا، وبدله ان لم يكن باقيا، لانها آلمته بالعدول، فلا يحق لها ايلامه بالاحتفاظ بهداياه وعدم ردها،[1] ولان الهدية اذا كانت لغرض لم يتحقق فللواهب استردادها[2].

د ـ اذا انتهت الخطبة بوفاة احدهما قبل الزواج أو بعارض آخر لا ارادي وحال دون اكمال الزواج، فلا يسترد شيء من الهدايا الا باتفاق رضائي.

هـ ـ اذا ترتب على العدول عن الخطبة ضرر مادي كالاستقالة من الوظيفة أو الاعراض عن الدراسة أو مشروع ربح أو نحو ذلك، أو ترتب عليه ضرر معنوي كالتشهير أو المساس بالشرف والعرض، يتحمل المتسبب منهما التعويض للاخر على اساس المسؤولية التقصيرية.

---

[1] مواهب الجليل شرح مختصر خليل ٣/٤٠٥.

[2] في اعانة الطالبين للدمياطي ٣/٢٦٧: (ومن خطب امراة وانفق عليها ليتزوجها ولم يحصل التزوج له الرجوع بما انفقه على من دفعه له سواء اكان مأكلا ام مشربا ام ملبسا أم حلياً.

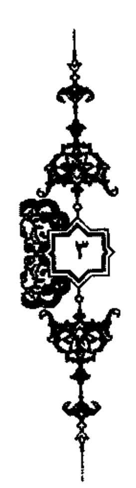


الفصل الثالث

محرمات الزواج

محرمات الزواج من النساء قسمان، محرمات تحريما مؤبدا لا يحل الزواج بهن أصلا، ومحرمات تحريما مؤقتا تحريم الزواج بهن لا لذاتهن وإنما لمانع عارض قام بهن واذا زال المانع عاد الممنوع وجاز الزواج بهن.

وتقسم دراسة هذين القسمين الى مبحثين، ثم يعقبهما مبحث ثالث لدراسة مبررات تعدد الزوجات.



المبحث الأول
المحرمات تحريما مؤبداً

وهن من حيث سبب التحريم ثلاثة انواع: محرمات بسبب القرابة، ومحرمات بسبب المصاهرة، ومحرمات بسبب الرضاعة.

النوع الاول - المحرمات بسبب القرابة:

وهي اربعة اصناف:

الصنف الاول - فروع الرجل من النساء وفروع فروعه وان نزلوا فتُحرم عليه بناته وبنات اولاده (ذكورا كانوا أو اناثا) وان نزلوا، وتُحرم على الرجل بنته من الدخول في الزواج الفاسد، لأن لها النسب بسبب الشبهة.

الصنف الثاني - اصول الرجل من النساء واصول اصوله وان علون، فتُحرم عليه امه وجدته من جانب الاب ومن جانب الام وان علت.

الصنف الثالث - فروع ابويه وفروع فروعهما من النساء وان نزلن، فتُحرم عليه اخواته (شقيقات أو من الاب أو من الام) وبناتهن وان نزلن، وبنات اخوته (الاشقاء أو من الاب أو من الام) وان نزلن.

الصنف الرابع - فروع اجداده وجداته في المرتبة الاولى، فتُحرم عليه عماته وخالاته - دون بناتهن[1] - كما تُحرم عليه عمات وخالات ابويه.

والدليل على تحريم النساء من هذه الاصناف الاربعة القرآن الكريم، قال سبحانه وتعالى ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ[2] وَبَنَاتُكُمْ[3] وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالاتُكُمْ[4] وَبَنَاتُ الأَخِ[5] وَبَنَاتُ الأُخْتِ[6]﴾[1] والبنت في هذه الاية الكريمة تشمل ما تكون ثمرة الدخول المقترن

---

[1] فيجوز زواج بنات العمات والاعمام والخالات والاخوال.

[2] الام تشمل الجدة وان علت.

[3] البنت تشمل بنت الابن وبنت البنت وان نزلت.

[4] ويشملن عمات وخالات من الابوين لو الاب أو الام.

[5] وان نزلن.

[6] وان نزلن.

بالشبهة، كما في الزواج الفاسد. فمن تزوّج زواجا مؤقتا (كالمتعة) أو بدون حضور الشاهدين، أو أي زواج اخر اختلف فقهاء الشريعة في صحته، يكون الدخول في مثل هذا الزواج مقترنا بشبهة الحِل لوجود العقد ولو صورة وتترتب عليه الآثار الاتية:

١. يكون نسب الولد الناتج من هذا الدخول كالنسب في الزواج الصحيح من حيث الحقوق والالتزامات.
٢. يجب للمدخول بها مهر المثل.
٣. تجب على المدخول بها العدة من الفرقة بينهما ويجب على القاضي الحكم بهذه الفرقة فورا.
٤. لا تطبق عقوبة جريمة الزنا على الداخل والمدخول بها لوجود الشبهة.
٥. تثبت المصاهرة بهذا الدخول.

النوع الثاني: المحرمات بسبب المصاهرة:

وهن اربعة اصناف:

الصنف الأول - فروع زوجته المدخول بها سواء بقيت الزوجة في عصمته أو طلقها أو توفيت، فتُحرم على الزوج الداخل بنات زوجته من زوجها السابق وبنات بناتها وبنات ابنائها وان نزلن، أما اذا تزوجها فطلقها أو توفيت قبل الدخول فلا يُحرمن، بمقتضى قوله تعالى ﴿ وَرَبَائِبُكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ ﴾ فهذه الاية معطوفة على (امهاتكم) أي (حُرمت عليكم ربائبكم اللاتي... الاية)، وقيد (دخلتم بهن) معتبر في الحكم، فاذا تحقق يطبق منطوق النص (التحريم) واذا تخلف يطبق مفهوم مخالفة النص (عدم التحريم) الذي اكده سبحانه وتعالى بقوله ﴿فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلا جُنَاحَ عَلَيْكُم ﴾.

اما قيد (في حجوركم) فليس معتبرا في الحكم وانما ورد في الاية بناء على واقع الحال، وهو ان البنت من الزوج السابق اذا لم تتزوج تكون في حجر الزوج الجديد غالبا.

---

(١) سورة النساء:٢٣.

الصنف الثاني ـ اصول الزوجة سواء دخل بها أو لا، فمن تزوج امرأة يحرم عليه أصولها (أمها وجدتها من جانب الأب ومن جانب الأم وان علت) بمجرد العقد، فاذا طلقها أو توفيت قبل الدخول، يبقى التحريم مستمرا مؤبدا لقوله تعالى (وامهات نسائكم) لانه معطوف على قوله تعالى (امهاتكم) أي حرمت عليكم امهات نسائكم، فورد النص مطلقا عن قيد الدخول والمطلق يعمل باطلاقه ما لم يثبت تقييده ولم يثبت، فاجمع الفقهاء على التحريم بمجرد انعقاد الزواج، والحكمة في التفرقة بين بنت الزوجة من الزوج السابق فلا تحرم الا بعد الدخول بأمها، وبين ام الزوجة (أو جدتها) فتحرم بمجرد عقد الزواج وان لم يحصل الدخول، هي ان الزوج يحتاج الى معاونة أم زوجته في اكمال مراسيم الزواج ومتطلباته، فاراد الله ان تُصبح بمثابة ام للزوج بمجرد انعقاد زواج بنتها، دون العكس فالمرأة التي تتزوج بعد الطلاق أو الوفاة لا تحتاج الى مساعدة بنتها من الزوج السابق، لانها مرّت بتجربة الحياة الزوجية واصبحت لها الخبرة في كل ما يتعلق بمتطلبات الزواج الجديد.

الصنف الثالث ـ زوجات الاصول، فتُحرم على الرجل بمجرد انعقاد الزواج زوجة ابيه وان لم يدخل بها وزوجة جده من جانب الاب أو من جانب الام وان علوا، سواء حصل الدخول أو لا، لقوله تعالى ﴿ وَلَا تَنكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً[1] وَمَقْتًا[2] وَسَاءَ[3] سَبِيلاً ﴾[4]

والمراد بالنكاح في قوله (ولا تنكحوا) عقد الزواج (معناه الشرعي) والوطء (معناه اللغوي) عند من يرى ثبوت المصاهرة بالزنى.[5]

والمراد ب(ما قد سلف) هو ما قد سبق من فعلكم ذلك، فانه معفو عنه وهذا مبدأ من مبادئ عدم رجعية النص، فالتحريم ليس له الاثر الرجعي من حيث العقاب، فلا اثم عليه لكن عليه الفرقة فورا بعد الإسلام، لان الآية تدل على عدم العقاب على ما فعل قبل الإسلام ولا يدل على صحته، وكانوا في الجاهلية يفعلون

---

[1] أي نكاحهن كان فاحشة قبيحا.

[2] أي سببا للمقت وهو اشد البغض.

[3] أي بئس سبيلا وطريقا ذلك.

[4] سورة النساء /٢٢.

[5] العقد والوطء على اساس الجمع بين المعنى الحقيقي والمجازي أو الجمع بين المعنيين الحقيقيين اذا اعتبر مشتركاً لفظيا وهذا اتجاه الحنفية.

ذلك كثيرا، لان الزوجة كانت تُعتبر بمثابة جزء من التركة يتزوجها غالبا الابن الاكبر من زوجة اخرى.

الصنف الرابع ـ زوجات الفروع، فحَرُم على الرجل زوجة ابنه وان لم يدخل بها وزوجات ابنــاء ابنــه أو ابنــاء بنتــه وان نزلــوا، لقولــه تعــالى ﴿ وَحَلَائِـلُ أَبْنَـائِكُمُ الَّـذِينَ مِـنْ أَصْلَابِكُمْ﴾.[1] والقيد الاخير في هذه الاية (من اصلابكم) ليس له مفهوم المخالفـة، لانه يسري نفس الحكم (التحريم المؤبد) ولو كان الابناء من الرضاعة.

النوع الثالث ـ التحريم بسبب الرضاع

والرضاع بكسر الراء وفتحها في اللغة شـرب اللـبن مـن ثـدي الإنســان أو الحيــوان، وفي الاصطلاح الشرعي مَصُّ الرضيع اللبن من ثدي امرأة في زمان مخصوص.[2]

والراجح انه لا يُشترط ان تكون المُرضعة متزوجة كما لا يُشترط ان يمتص الرضيع الثـدي، بل الرضاع له التأثير في التحريم وان سُقي الرضيع باللبن، وكذلك الراجح ان الحُرمـة تثبـت بخمس رضعات مشبعات، لان هذا القدر وسط بين رأي من يرى انه يجـب أن لا يقـل المقـدار عن عشر رضعات[3] وقول من يرى انه يكفي في التحريم اقل ما يُطلق عليه شرب اللـبن،[4] ولان العدد (الخمس) ورد في الحديث الصحيح.[5]

وجدير بالذكر ان تأثير شرب لبن امرأة من غير والدة الرضيع ينحصر في شخص الرضـيع وحده ولا تأثير له على اصوله وفروعه واخوته واخواته، فالرضيع وحده يصـبح احـد اعضـاء اسرة المرضعة والحُرمة في التزاوج تكون بين هذا الرضيع وأصوله وفروعه وبين اصـول وفـروع وحواشي المرضعة، ولا تأثير للرضاع بالنسبة لاخوة واخوات الرضيع، فيجـوز الـزواج بيــنهم وبين اصول وفروع وحواشي المرضعة، والرضاع يثبت بشهادة رجل وامراة وشهادة امرأتين.

ويسري حكم التحريم على طفلة وطفل شربا لبن امرأة ثالثة غير أم الطفل والطفلة خمـس مرت فأكثر.

---

[1] سورة النساء /٢٣.

[2] بان لا يزيد عمر الرضيع عن سنتين واذا كان عمره اكثر مـن ذلـك فـلا تـأثير للرضـاع في التحـريم علـى الرأي الراجح.

[3] كالامامية. الروضة البهية للعاملي٣/٨٣.

[4] كالحنفية والمالكية.

[5] صحيح مسلم ٢/١٥٧٥رقم (١٤٥٢).

الحكمة في التحريم بسبب الانواع المذكورة:

بعد ان نص القرآن الكريم صراحة على تحريم الزواج بسبب القرابة والمصاهرة والرضاع فلا مبرر للسؤال عن حكمة هذا التحريم، ولكن اذا اضيفت العلة العقلية الى النقلية تزيد هذه الاضافة من قوة التزام المسلمين بمقتضى ما ورد من الايات المذكورة في القرآن الكريم، ومن الحكم والعلل العقلية ما يأتي:

١. اثبت العلم الحديث والاكتشافات الطبية الحديثة ان التلقيح بين سلالات مختلفة ينتج نسلا اقوى مما يتكون بين الاقارب اذا كانت القرابة قريبة.
وهذا الاكتشاف العلمي الحديث نص عليه الرسول ﷺ في قوله (لا تنكحوا القرابة القريبة فان الولد يُخلق ضاويا).[١] وتطرق بعض الفقهاء لهذا الموضوع.[٢]
٢. تغلب صلة القرابة على الزوجية يُؤدي الى تقليل الميل الجنسي والرغبة في المعاشرة الزوجية.
٣. علاقة القرابة قد تؤدي الى بعض الخلافات بين الزوجين أو نشوز الزوجة أو عدم وفاء الزوج بواجب الاحترام المتبادل أو نحو ذلك مما قد يؤدي الى ضعف صلة القرابة اذا لم يقطعها.
٤. الاصول من الامهات والجدات يجب على الفروع تعظيمهن وخفض جناح الذل لهنّ، كما نص القرآن الكريم على ذلك في آيات، منها قوله تعالى ﴿وَقَضَى رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَاناً إِمَّا يَبْلُغَنَّ عِنْدَكَ الْكِبَرَ أَحَدُهُمَا أَوْ كِلاهُمَا فَلا تَقُلْ لَهُمَا أُف وَلا تَنْهَرْهُمَا وَقُلْ لَهُمَا قَوْلاً كَرِيماً * وَاخْفِضْ لَهُمَا جَنَاحَ الذُّلِّ مِنَ الرَّحْمَةِ وَقُلْ رَبِّ ارْحَمْهُمَا كَمَا رَبَّيَانِي صَغِيراً﴾[٣] وهذا التقدير الواجب للاصول على فروعهم الذي فرضه القرآن الكريم يتعارض مع كون الاصل وان علا[٤] زوجة لفرعه وان نزل.[٥]

---

[١] ابن السبكي، طبقات الشافعية الكبرى، ٦/٣١٠.
[٢] كفقهاء الشافعية في فتح المعين واعانة الطالبين في (الفقه الشافعي ٣/٢٧٠ـ٢٧١) ونكاح ذات قرابة بعيدة عنه ممن في نسبه اولى من قرابة قريبة (كبنت العم وبنت العمة وبنت الخال وبنت الخالة) واجنبية لضعف الشهوة في القريبة فيجيئ الولد نحيفاً.
[٣] سورة الاسراء/ ٢٣،٢٤.
[٤] أي أصل اصله.
[٥] أي فرع فرعه.

هذه النقاط وغيرها يسير من كثير في حكمة التحريم بالنسب.

اما حكمة التحريم بالمصاهرة فهي ان فيها يقترن الرجل بالمراة حتى يكون كل منهما لباسا للاخر كالجزء الذي لا ينفصل، فاقتضى هذا ان تكون ام الزوجة في التحريم كأمه وان يكون اب الزوج في التحريم كابيها، بحيث يختلط بعضهم مع بعض كاسرة واحدة في النسب، وهذا يتعارض مع اباحة الزواج من المحرمات بالمصاهرة، اما حكمة التحريم بالرضاعة فإن لبن المرضعة ينبت في الرضيع اللحم وينشز العظم فيربطه بها ارتباط الولد بامه من النسب، اضافة الى مكانة الامومة من الرضاع، فالتقدير الذي فرضه القرآن على الفروع تجاه اصولهم ينطبق في حالة القرابة على حالة الرضاعة تماما ايضا.

المبحث الثاني
المحرمات تحريما مؤقتا

التحريم في المحرمات المؤقتة ليس ذاتيا وانما هو عرضي منشأوه اسباب عارضة، فاذا زال السبب يزول مسببه،[١] ثم ان اسباب التحريم من الناحية العملية موانع الزواج، والقاعدة الشرعية العامة (اذا زال المانع عاد الممنوع).[٢]

والمحرمات المؤقتة من حيث طبيعة اسبابها أو موانعها تنقسم الى ستة اصناف:

الصنف الاول - المحرمات بسبب ارتباطهن بزواج سابق فعلياً ككون المرأة زوجة للغير، أو حكميا ككونها في عدته للفرقة بالوفاة أو الطلاق أو التفريق القضائي، فمن زوج زوجة الغير أو معتدته قبل انتهاء العدة فزواجه باطل، وعند بعض الفقهاء تَحرُم عليه تحريما مؤبدا فلا يحق له ان يتزوجها بعد انتهاء عدتها[٣] عقابا على مخالفته. وسيأتي تفصيل العدة في محل بحثها.

الصنف الثاني - الجمع بين المحارم والقاعدة الشرعية العامة ان كل امرأتين بينهما علاقة المحرمية بالقرابة أو الرضاع، بحيث لو فرضت كل واحدة منهما ذكراً حُرمت عليه الاخرى لا يجوز الجمع بينهما في الزواج كما ذكرنا في الجمع بين الاختين، فمن تزوج احداهما لا يحل له الزواج بالثانية الا بعد الفرقة من الاولى وانتهاء عدتها، ومن المحرمات لهذا السبب زواج المرأة على عمتها أو خالتها أو على ابنة اخيها أو ابنة اختها، للحديث المشهور المجمع عليه الذي هو بمثابة التواتر في وجوب العمل بمقتضاه، كما في قول الرسول ﷺ (لا تُنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها ولا المرأة على ابنة اخيها ولا ابنة اختها، انكم ان فعلتم ذلك قطعتم ارحامكم).[٤]

---

[١] لان السبب يعرف بانه وصف ظاهر منضبط يلزم من وجوده وجود الحكم ما لم يكن هناك مانع ومن عدمه عدم الحكم.

[٢] مجلة الاحكام العدلية المادة (٢٤).

[٣] واخذ بهذا الشيعة الامامية ينظر اللمعة الدمشقية وشرحها الروضة البهية للعاملي ٢/٩٠.

[٤] مسلم في شرحه للنووي ٩/٢٩٠. سنن أبي داود ٢/٥٥٣ والنسائي ٦/٩٧. السنن الكبرى ٧/١٦٥.

ويؤخذ من هذا الحديث امران:

احدهما: هذا القول من الرسول ﷺ مـأخوذ مـن قولـه تعـالى (وان تجمعـوا بـين الاختين).

والثاني: ان حكمة تحريم الجمع هي الكراهة الغريزيـة النفسـية لكـل ضـرة ضـد ضرتها الاخرى، وهذه الظاهرة الطبيعية تتنافى مع صلة الرحم وعلاقـة القرابـة، فهي تؤدي غالبا الى قطع هذه الصلة.

الصنف الثالث ـ التجاوز عن الحد الاقصى المحدد بأربع في حالة التعدد، فـزواج الخامسـة باطل، الا بعد الفرقة لاحدى الاربع وانتهاء عدتها، وهذا التحديد نص عليـه القـرآن والسنة النبوية.

قال سبحانه وتعالى في تحديد الحد الاقصى ﴿ فَانْكِحُوا مَـا طَـابَ لَكُـمْ مِـنَ النِّسَـاءِ مَثْنَى وَثُلاثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً ﴾[1].

وقال الرسول ﷺ لغيلان وقد اسلم وتحته عشر نسوة: (امسك اربعا وفـارق سـائرهن)[2]

ويؤخذ من هذا الحديث الشريف حكمان:

احدهما: ان لا يكون بين الاربع المختارات مانع من موانع الزواج والجمع كالقرابـة والرضاع والمصاهرة.

والثاني: هو انه ليس للقاضي ان يستفسر عن كيفية زواج غير مسلم اسلم وتحـت عصمته زوجة أو اكثر عن اركان وشروط الزواج الشرعية المطلوبة به في الـزواج في الإسلام وذلك تشجيعا على الإسلام.

الصنف الرابع ـ المحرمات بسبب عدم التديّن بدين سماوي كالمشركات، لقوله تعالى ﴿ وَلا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَّ وَلَأَمَةٌ مُؤْمِنَةٌ خَيْرٌ مِـنْ مُشْـرِكَةٍ وَلَـوْ أَعْجَبَـتْكُمْ وَلا تُنْكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يُؤْمِنُوا وَلَعَبْدٌ مُؤْمِنٌ خَيْرٌ مِنْ مُشْرِكٍ وَلَـوْ أَعْجَـبَكُمْ أُولَـئِـكَ يَدْعُونَ إِلَى النَّارِ وَاللَّهُ يَدْعُو إِلَى الْجَنَّةِ وَالْمَغْفِرَةِ بِإِذْنِه ﴾[3].

وحكمة التحريم هي ان من لا إيمان له لا التزام له، ومن لا التزام لـه لا امانـة لـه، ومن لا امانة له ليس اهلا لتحمل أية مسؤولية ولا يسـتحق بنـاء أي علاقـة معـه،

---

(١) سورة النساء /٣.

(٢) السنن الكبرى ١٤٩/٧.

(٣) سورة البقرة /٢٢١.

بخلاف المؤمنات برسالة الهية كالمسيحيات واليهوديات، ودليل هذه المشروعية قوله تعالى ﴿الْيَوْمَ أُحِلَّ لَكُمُ الطَّيِّبَاتُ وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حِلٌّ لَكُمْ وَطَعَامُكُمْ حِلٌّ لَهُمْ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الْمُؤْمِنَاتِ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ﴾[١].

ولكن عكس ذلك لا يجوز بان تتزوج المسلمة من رجل مسيحي قبل اسلامه أو اليهودي قبل اسلامه، وقد يزعم البعض ان في هذه التفرقة التعصب الديني والتحكم والترجيح بلا مرجح.

ويُرد على هذا الزعم بان المرجح موجود وهو ان المسلم والمسلمة لا يُقبل ايمانهما ما لم يؤمنا بكافة الرسل والكتب السماوية والرسالات السابقة، فلا يكفي مجرد الايمان برسولنا محمدﷺ وبالقرآن، وهذا ما نص عليه القرآن الكريم بصراحة في قوله تعالى ﴿آمن الرسول بما أنزل إليه من ربه وَالْمُؤْمِنُونَ كُلٌّ آمَنَ بِاللَّهِ وَمَلائِكَتِهِ وَكُتُبِهِ وَرُسُلِهِ لا نُفَرِّقُ بَيْنَ أَحَدٍ مِنْ رُسُلِهِ وَقَالُوا سَمِعْنَا وَأَطَعْنَا غُفْرَانَكَ رَبَّنَا وَإِلَيْكَ الْمَصِيرُ﴾[٢] وبناء على ذلك ان كل ما تؤمن به المسيحية واليهودية من المعتقدات الدينية الصحيحة، يؤمن به المسلم دون العكس، فالمسيحية أو اليهودية لا تؤمن لا بالقرآن ولا برسالة محمد ﷺ كما يؤمن بها المسلم، ولو تحقق هذا الايمان لما بقي الفرق بين زواج المسلم من الكتابية وزواج الكتابي من المسلمة، ومن الواضح ان الشرك والالحاد قابلان للزوال بالهداية الى الايمان وهما مانعان وقتيان، والدليل على عدم جواز زواج المسلمة من غير المسلم هو قوله تعالى ﴿ يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا جَاءَكُمُ الْمُؤْمِنَاتُ مُهَاجِرَاتٍ فَامْتَحِنُوهُنَّ اللَّهُ أَعْلَمُ بِإِيمَانِهِنَّ فَإِنْ عَلِمْتُمُوهُنَّ مُؤْمِنَاتٍ فَلا تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى الْكُفَّارِ لا هُنَّ حِلٌّ لَهُمْ وَلا هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ وأتوهم ما أنفقوا ولاجناح عليكم ان تنكحوهن اذا آتيتموهن أجورهن ولا تمسكوا بعصم الكوافر﴾[٣].

الصنف الخامس: الفرقة الناتجة من الملاعنة، لا تسمح برجوع الزوجين الى ما كانا عليه قبل الملاعنة الا بعد ان يُكذب الزوج نفسه ويعترف امام القضاء بان نسبة التهمة الى زوجته لم تكن صحيحة، وقد بيّن القرآن حكم الملاعنة في قوله تعالى ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ

---

[١] سورة المائدة /٥.

[٢] سورة البقرة /٢٨٥.

[٣] سورة الممتحنة:١٠

الصَّادِقِينَ * وَالْخَامِسَةُ أَنَّ لَعْنَتَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ كَـانَ مِـنَ الْكَـاذِبِينَ * وَيَـدْرَأُ عَنْهَـا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ * وَالْخَامِسَةَ أَنَّ غَضَـبَ اللَّـهِ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ ﴾[1]

وقال رسول الله ﷺ (المتلاعنان لا يجتمعان) .

الصنف السادس: المحرمات بالطلاق البائن بينونة كبرى، فمن طلق زوجته للمرة الثالثة فلا تحل له ولا ترجع اليه بعقد جديد الا بعد ان تتزوج زوجا آخر زواجا مؤبدا لا مؤقتا بإرادة حرة ثم يدخل بها ثم تحصل الفرقة بينهما بوفاة أو طلاق، فبعد انتهاء عدتها يجوز للزوج الذي طلقها للمرة الثالثة ان يستأنف الحياة الزوجية بعقد جديد، لان كلا من الزوجين مرّ بالتجربة وادرك المخطئ منهما خطأه فاذا أعادا الزواج لا يعودان الى الخلاف والشقاق ويأتي تفصيل هذا الموضوع عند البحث عن الطلاق باذن الله.

---

(1) سورة النور: ٩،٨،٧،٦.

المبحث الثالث

مبررات تعدد الزوجات

ذكرنا سابقاً ان الغرض الاساس من الزواج ليس اشباع الرغبات الجنسية، وانبثاقـاً مـن هذا الواقع الشرعي يكون مرد حكمة هذا التعدد الى النقاط الاتية:

١- قد تصاب الزوجة بما يمنعها مـن القيـام بالواجبـات الشـرعية كـالمرض والشـيخوخة ونحوهما، والزوج السليم الذي لا يتحمل الحرمان من المعاشرة الزوجية اذا لم يُسـمح لـه بالزواج من زوجة اخرى مع قيام الزوجية السابقة، فانه قـد يضـطر الى طـلاق الزوجـة المصابة ليفتح الباب امامه بالزواج الجديد وبـذلك تضـاف الى مصـيبة الزوجـة الاولى مصيبة جديدة تكون بالنسبة لها كارثة في حياتها. لذا فـإن الحكمـة الالهيـة تقتضـي الاحتفاظ بالزوجة الاولى مع الاذن بالزواج من زوجـة اخـرى علـى ان لا يـؤثر الـزواج الجديد على راحة وكرامة الزوجة الاولى.

٢- قد تصاب الزوجة بالعقم، والمال والبنون من زينة الحياة الدنيا، كما قال تعالى ﴿ الْمَالُ وَالْبَنُونَ زِينَةُ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا ﴾[1] فبدلاً من التفريق أو الطلاق الذي هو ابغض الحلال عند الله، يُسمح للزوج ان يتزوج من امراة اخرى قابلة للانجاب اذا لم يثبـت ان الـزوج ايضـا مصاب بالعقم.

٣- قد تكون طبيعة عمل الزوج أو مركزه الاجتماعي تتطلب اكثر من زوجة واحـدة، كمـا نشاهد هـذه الحقيقـة في الحيـاة العشـائرية وفي المجتمـع المهـتم بـالثروة الحيوانيـة أو الزراعية.

٤- قد يكون للزوج شذوذ جنسي لا يكتفي بزوجة واحدة وبوجه خاص أن الزوجة لها عـادة شهرية، فخلال هذه العادة المعاشرة مُحرمـة حفاظـا علـى صـحة الـزوجين، كمـا قـال سبحانه: ﴿ وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْمَحِيضِ قُلْ هُوَ أَذىً فَاعْتَزِلُوا النِّسَاءَ فِي الْمَحِيضِ وَلا تَقْرَبُوهُنَّ حَتَّى يَطْهُرْنَ فَإِذَا تَطَهَّرْنَ فَأْتُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ أَمَرَكُمُ اللَّهُ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ التَّوَّابِينَ

---

[1] سورة الكهف: الاية ٤٦.

وَيُحِبُّ الْمُتَطَهِّرِينَ﴾[1] فبدلا من ان يتعرض الزوج للخطأ والانحراف الجنسي الـذي يضـر نفسه واسرته ومجتمعه، اباح له الشارع الزواج من زوجة اخرى حذرا من الوقوع في الخطأ.

٥ـ قد تقل رغبة الزوجة عادة في المعاشرة الزوجية بعد انجاب الاولاد بينمـا يبقـى الـزوج على نشاطه وحيويته الجنسية، فله الزواج من زوجة اخرى لـنفس السـبب في الفقـرة السابقة.

٦ـ قد يقل عدد الرجال بالنسبة الى النساء بسبب ظروف الحرب أو طبيعة البيئـة أو نحـو ذلك، فالعدالة تتطلب جواز الزواج باكثر مـن واحـدة لانقـاذ الارامـل اللاتـي فقـدن ازواجهن بسبب الحروب أو غيرها من حرمانهن من التمتـع بالحيـاة الزوجيـة والمعاشـرة بطريقة مشروعة بدلا من الانحراف الجنسي غير المشروع.

وبعد الحرب العالمية الثانية قرأت مقالة في احدى المجلات غـاب عـن ذاكرتـي اسمهـا حول مآسي هذه الحرب بالنسبة الى نساء الدول التي شاركت فيهـا، حيـث اودت بحيـاة الملايين من الرجال واصبحت زوجاتهم بلا معيل ولا شريك في الحيـاة، فاخـذت النسـاء الألمانيات والإنجليزيات يطالبن عن طريق وسائل الاعلام بالسماح بتعدد الزوجات لزوج واحد اسوة بما هو مقرر في الشريعة الإسلامية.

٧ـ قد يطلق الرجل زوجته لسبب ما فيتزوج من اخرى ثم يرى من المصلحة استئناف الحياة الزوجية مع الزوجة السابقة المطلقة فيراجعها بدون عقد اذا كان الطلاق رجعيا ولم تنتـه عدتها بعد أو بعقد جديد اذا كان الطلاق بائنا أو العدة منتهية، فإذا لم يُسمح بتعـدد الزوجات فيضطر ان يُطلق الزوجة الجديدة حتى يستأنف علاقته الزوجية مع مطلقته.

٨ـ حدد الشارع الحكيم الحد الاعلى للتعدد باربع لتجنب الافراط المـذموم شـرعا وعقـلا، لان هذا الحق هو اكبر عدد يمكن معه تحقيق العدل بين الزوجات في الحقوق والالتزامـات بعيداً عن الظلم المادي أو المعنوي بحقهن.

٩ـ امر القرآن الكريم بالاقتصار على واحدة في جميع الأحوال اذا كان التعـدد مؤديـا الى الظلم في حق الزوجة السابقة أو اللاحقة أو كلتيهما أو اولادهما كمـا نـص علـى ذلـك قوله تعالى: ﴿ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً ﴾[2].

---

(1) سورة البقرة: الاية٢٢٢.

(2) سورة النساء: الاية ٣.



الفصل الرابع

عناصر (اركان وشروط) الزواج

عنصر الشيء هو ما يتوقف عليه فإذا كان جزء منه يسمى ركناً والا فيسمى شرطاً.

وللزواج ركنان فقط وهما الايجاب والقبول.

واما شروطه فهي من حيث الأهمية والاثار اربعة انواع: شروط الانعقاد، وشروط الصحة، وشروط النفاذ، وشروط اللزوم.

فهذه الانواع كلها شرعية وقانونية وتضاف اليها الشروط الجعلية وهي التي تقترن بالزواج وتحدد اثاره وسميت جعلية لأنها من جعل ارادة احد الزوجين، لكن الشارع يعترف بها ويُرتب عليها الاثار اذا كانت مشروعة.

وبناء على هذه المقدمة توزع دراسة اركان وشروط الزواج على ثلاثة مباحث: يخصص الاول للاركان وشروط الانعقاد، والثاني لشروط الصحة والنفاذ والثالث لشروط اللزوم والشروط الجعلية.



المبحث الاول

الاركان وشروط الانعقاد

والمراد بالركن هنا هو معناه الخاص وهو ما يتوقف عليه الشيء ويكون جزءاً منه.

اما الركن بمعناه العام فهو ما يتوقف عليه الشيء مطلقا، سواء كـان جـزءاً منـه او لا، فهو بهذا المعنى يشمل الشروط ايضا والذي يهمنا هو معناه الخاص.

اولا: اركان الزواج:

فالزواج تصرف شرعي وقانوني قولي يتكون من جزئين، احدهما يسمى ايجابا وهـو اول كلام يصدر من طرفي انشاء الزواج، سواءٌ أكان زوجاً أم زوجة ام من ينوب عنهما.[1]

والثاني يُسمى قبولاً وهو ما يصدر عن الطرف الثـاني بعـد الايجـاب. فصـيغة الـزواج مركبة مكونة من هذين الجزئين، وقولنا بان اركان الزواج تنحصر في الايجـاب والقبـول هـو رأي فقهاء الحنفية[2] الذي هو اصوب الاراء لسائر الفقهاء. وما ذهب اليه الشافعية[3] مـن ان اركان الزواج خمسة: الاول الصيغة (الايجـاب والقبـول) والثـاني الـولي والثالـث الـزوج والرابع الزوجة والخامس الشهود، وما قال به المالكية[4] من ان اركان الـزواج ثلاثـة: ولـي، ومحل (زوج وزوجة)، وصيغة (ايجاب وقبول) الذي يتفق في المعنى مع كلام الشافعية، اجتهاد غير صائب لانه يصطدم مع المنطق السليم الذي يرجع اليه موضوع الكلية والجزئية او الكـل والجزء، فالزواج سواء اعتبر عقداً كما يقول الفقهاء او ميثاقاً كما يقول القرآن، عبـارة عـن صيغة مكونة من الايجاب والقبول، لانه تصرف شرعي مركب من جزئين يدل على مجموعهما دلالة مطابقية وعلى احدهما ضمن المجمـوع دلالـة تضـمنية وعلـى الحقـوق والالتزامـات الزوجية دلالة التزامية، اذن كيف تكون الصيغة ركنا لنفسها وكيف يُعتبر الولي ركنا مـع

---

[1] قد يكون الموجب والقابل هما الزوجين مباشرة وقد ينوب عنهما او عن احدهما نائب نيابة اتفاقية كالوكيل، او نيابة شرعية وقانونية كالولي، او نيابة قضائية كالقاضي في زواج المجنون والمجنونة.

[2] في بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للعلامة الفقيه الحنفي علاء الدين ابي بكر بن مسعود المعروف بالكاساني ٣/١٣٢٧(واما ركن النكاح فهو الايجاب والقبول)

[3] الانوار لاعمال الابرار للفقيه الشافعي العلامة يوسف الاردبيلي ٢/٦٢–٧٧

[4] الشرح الصغير للفقيه المالكي الدردير مع حاشية الصاوي١/٣٤٨

قول اكثر الفقهاء بجواز تزويج البالغة العاقلة الرشيدة نفسها ممن تختاره شريكا لحياتها وهـو كفؤ لها وبمهر المثل، وبوجه خاص اذا كانت ثيّبا او كان الولي عاضـلاً وكـان الـزواج قـد تم امام القضاء. ولم يحدد الشرع الإسلامي كلمة معينة او عبارة خاصة لاستعمالها في الايجاب والقبول وبوجه خاص بالنسبة لمن لا يُحسن اللغة العربية. وكل تحديد للتعـبير عـن الايجاب والقبول بألفاظ مخصوصة يصطدم مع قوله تعالى ﴿ وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِـي الـدِّينِ مِـنْ حَـرَجٍ ﴾[1] وقوله تعالى ﴿ يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ ﴾ [2] وقوله تعالى ﴿ لا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْساً إِلَّا وُسْعَهَا ﴾[3] ونحو ذلك من الايات الدالة صراحة على ترك الحرية للتعـبير عـن ارادته الباطنة في ضوء مكنته ومقدرته على ان يدل هـذا التعـبير علـى التراضـي لانشـاء الزواج وان يفهم كل من الموجِب والقابل ما يصدر عن الاخـر ومـا يقصـد بـه، اسـتناداً الى عموم قول الرسولﷺ (انما الاعمال بالنيات)[4] وقد ذهب بعض الفقهاء[5] الى تحديد الفـاظ مستعملة عند العرب دون ملاحظة ان الشريعة الإسلامية ليست خاصة بقوم دون قوم، ومن الواضح ان الشريعة الإسلامية لم تأمر بالتَقَيُد بالتعابير العربية الا في الصلاة. وبنـاء علـى ذلك كل صيغة يُقصد بها انشاء الزواج يعتد بها الشرع الإسلامي، بـأي لغـة كانـت وبـأي تعبير كان، فالمعيار هو العرف السائد في كل بلد بصدد تحديد الفاظ وتعابير الايجاب والقبول في الزواج.

وجدير بالذكر ان شروط الايجاب والقبول تندرج تحت شروط الانعقاد وهي المطابقة واتحاد المجلس وسماع وفهم كل من الطرفين بما يقوله الاخر.

ثانيا : شروط الانعقاد :

شروط الانعقاد تأتي في الأهمية بعد الاركان، بحيث اذا تخلف واحدُ منهـا يكـون الـزواج باطلاً، ومن اهم شروط الانعقاد التي يعتبرها الشرع الإسلامي في الزواج ما يأتي:

---

(1) سورة: الحجر ٧٨.
(2) سورة: البقرة /١٨٥.
(3) سورة: البقرة /٢٨٦.
(4) رواه البخاري:١
(5) في البدائع المرجع السابق٣/١٣٢٧ (وقال الشـافعي لا ينعقـد الـزواج الا بلفـظ الانكـاح والتـزويج) وقـول الشافعي هو نفس مانذهب اليه الشيعة الامامية (الروضة البهية واللمعة الدمشقية٢/٦٩- وما يليها)

١ـ اهلية الاداء[1]: فاذا كان الموجب او القابل في الزواج عديم الاهلية، بأن كان صبيا غير مميز او مجنوناً او من في حكمهما، يكون الزواج باطلاً والعبرة في هذا الشرط بمن يصدر عنه الايجاب والقبول، سواء كان الموجب والقابل هما الزوجين او من ينوب عنهما، فالاهلية المذكورة المطلوبة انما هي بالنسبة لمن يتولى انشاء الزواج، والاّ فيجوز زواج الصغير والصغيرة والمجنون والمجنونة من الولي او القاضي. واذا كان احد الطرفين (الموجب او القابل) ناقص الاهلية يكون الزواج موقوفا على اجازة الولي كما يأتي في محله.

٢ـ ان يكون الايجاب والقبول في مجلس واحد حقيقة او حكما، والمجلس الواحد حقيقة هو ان يجتمع الموجب والقابل في مكان واحد يصدر عنهما الايجاب والقبول مباشرة بدون الوسائل. والمجلس الواحد حكما هو ان يكون الموجب في مكان والقابل في مكان اخر، ويكون ايصال الايجاب الى القابل وعلم الموجب بالقبول عن طريق الوسائل كالرسالة او الهاتف او النقال او ايميل او نحو ذلك.

ويعتبر المجلس واحداً في الحالتين، اذا لم يصدر بعد الايجاب وقبل القبول من احد الطرفين ما يدل على ابطال الايجاب او الاعراض عن انشاء الزواج بأن لا يتغير المكان قبل القبول وان لا يحدث كلام يكون اجنبياً عن الموضوع يُفهم منه عدم الرغبة في انشاء الزواج.

والفرق الجوهري بين المجلسين هو انه يكفي في المجلس الواحد الحقيقي حضور شاهدين فقط يسمعان ويفهمان الايجاب والقبول والغرض منهما، بخلاف المجلس الواحد الحكمي فإنه يشترط فيه حضور شاهدين عند الموجب حين اصدار الايجاب عنه، ووجود شاهدين عند القابل يسمعان الايجاب بالكيفية التي يصل الى القابل حين

---

[1] تنقسم أهلية الانسان من حيث الادوار التي يمر بها في حياته الى اربعة اقسام وهي:

١ـ اهلية الوجوب الناقصة: وهي الصلاحية لكسب بعض الحقوق كأهلية الجنين قبل الولادة له حق الميراث والوصية والهبة ويتمتع بهذه الحقوق اذا ولد حياً.

٢ـ اهلية الوجوب الكاملة: وهي الصلاحية لبعض الحقوق وبعض الالتزامات كأهلية الانسان بعد الولادة.

٣ـ اهلية الاداء الناقصة: وهي الصلاحية لممارسة بعض الحقوق وتثبت للانسان بعد التمييز وقبل البلوغ.

٤ـ اهلية الاداء الكاملة: وهي تثبت للانسان بعد البلوغ عند جمهور الفقهاء وبعد اكمال الثامنة عشر من العمر عند بعض الفقهاء وبه اخذ المشرع العراقي كما في القانون المدني القائم المادة (١٠٦)

وصوله او قراءته، وكذلك يسمعان ويفهمان قبول القابل دون حصول فاصل بين وصول الايجاب وصدور القبول، بحيث يدل على الاعراض عن انشاء الزواج.

٣ـ مطابقة الايجاب والقبول: بأن يتفقا في الامور الجوهرية ولا يـؤثر الاختلاف اذا كـان لفظياً او من مصلحة الزوجة، وعلى سبيل المثل اذا قال زوّجْتُك علـى ثلاثـة ملايـين دينار عراقي، فقالت قبلت على ثلاثـة آلاف دولار امريكـي وكـان المبلـغ العراقـي يُساوي في قوته الشرائية نفس المبلغ الامريكي حين الايجاب والقبـول كمـا في الوقـت الحاضر[1] يكون الزواج صحيحاً. لأن الاختلاف لفظي وصوري، شريطة ان تستلم المبلغ مقدماً حتى لا تترتب عليه مشاكل تغير القوة الشرائية.

وكذلك لا تأثير للاختلاف اذا كان من مصلحة الزوجة، كأن قالت زوجتك نفسي على عشرين مثقالاً من الذهب، فقال قبلت زواجك علـى خمسـة وعشـرين مثقـالاً مـن الذهب.

اما الاختلاف الجوهري بين الايجاب والقبول فهو مبطـل للـزواج، كـأن يقـول الـولي زوجتك بنتي الكبرى (خالدة)، ويقول الخطيب قبلـت زواج بنتـك الصـغرى (ناهـدة) يكون الزواج باطلاً، او قال زوجتك على مهر قدره ثلاثون مثقالاً من الذهب، فقالت قبلت على اربعين مثقالاً فالزواج باطل، رغم ان المهر ليس بركن ولا شرط في الزواج، كما يأتي في محله بأذن الله. لكنه من اثار الزواج، فالاختلاف فيه مؤثر.

٤ـ سماع وفهم كل من الموجب والقابل لما يصدر عن الاخر ولا يُؤثر اختلاف اللغة اذا علم كل منهما أن ما يصدر عن الاخر يُقصد به انشاء الزواج.

وفي حالة فقدان القوة السامعة لأحدهما او كليهما يُكتفى بالإشارة المُفهِمة.

٥ـ عدم ثبوت مانع من موانع الزواج ثبوتـا قطعيـاً كالقرابـة، والمصـاهرة، والرضـاعة حسب التفصيلات التي سبق بيانها في الفصل الثالث، فـإذا وجـد مـانع مـن تلـك الموانع قبل الزواج يكون انشاؤه باطلاً، اما اذا ظهر وثبت هذا المانع بعد انشاء الزواج ومرور مدة زمنية على الحياة الزوجية، يُعد الزواج باطلاً اعتباراً مـن تـأريخ العلم بسبب البطلان دون ما قبله، وعلى سبيل المثل اذا ثبتـت الاخـوة في الرضـاعة بـين الزوجين بعد مُضي مدة من الزمن وبعد انجاب الاولاد، يُحكـم بـبُطلان الـزواج مـن تأريخ ثبوت هذه الاخوة لا من تاريخ الزواج، وبناء على ذلك تكون المعاشرة الزوجية

---

[1] أي في النصف الثاني من عام ٢٠٠٦

السابقة مشروعة ويكون نسب اولادهما شرعياً. وآثار البطلان تكون بالنسبة للمستقبل فقط دون الماضي.

ويؤخذ مما ذكرنا ان شروط الانعقاد منها ما يرجع الى الزوجة فيشترط فيها ان لا تكون مُحرمة تحريماً مؤبداً على من يريد الزواج منها.

ومنها ما يرجع الى الموجب والقابل ويُشترط ان تتوفر فيهما اهلية الاداء ولو كانت ناقصة.

ومنها ما يرجع الى الصيغة المكونة من الايجاب والقبول فيشترط فيهما المطابقة واتحاد المجلس وفهم كل من الموجب والقابل لما يصدر عن الاخر ومعرفة الغرض منهما وهو انشاء ميثاق الزواج على وجه التأبيد.

المبحث الثاني
شروط الصحة والنفاذ

شرط صحة كل تصرف شرعي زواجاً كان او غيره ـ كالبيع ـ هو ان تتوقف عليه هذه الصحة، بحيث اذا تخلف يكون التصرف فاسداً.

وشرط نفاذ كل تصرف شرعي، زواجاً كان او غيره، هو ان يتوقف على وجوده النفاذ، ومعنى النفاذ هو ان تترتب على انشاء التصرف فور انعقاده اثاره الشرعية والقانونية من الحقوق والالتزامات، واذا تخلف شرط من شروط النفاذ ينعقد التصرف صحيحاً ولكنه لا تترتب عليه اثاره (الحقوق والالتزامات) وانما يكون موقوفاً في ترتب تلك الاثار على اجازة من له حق الاجازة.

اولاً: اهم شروط صحة الزواج:

يُشترط في الراجح في الفقه الإسلامي وعند اكثر فقهاء الشريعة (رحمهم الله) لصحة الزواج توفر شروط اهمها ما يأتي:

١ـ حضور شاهدين بالغين عاقلين مسلمين في زواج مسلم ومسلمة عادلين ان وجدا، فان عمّ الفسق يجوز ان يكونا فاسقين للضرورة. والضرورات تُجيز المحظورات. ويجوز الزواج بحضور رجل وامرأتين عند عدم وجود رجل اخر[1] بمقتضى قوله تعالى ﴿ وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى﴾.[2]

اضافة الى ذلك يجب ان يسمعا ويفهما صيغة الايجاب والقبول وان يعلما المقصود منهما وهو انشاء ميثاق الزواج بين ذكر وانثى معينين معروفين لديهما. فكل زواج بدون حضور شاهدين تتوفر فيهما الشروط المذكورة يكون فاسداً لا تترتب عليه اثاره

---

[1] في كتاب النيل وشفاء العليل للشيخ ضياء الدين عبد العزيز وشرحه للعلامة محمد بن يوسف اطفيش ٨٧/٦. (وجاز امينان او امين وامينتان).

[2] سورة البقرة /٢٨٢

الشرعية من الحقوق والالتزامات الزوجية ولا تحل المعاشرة الزوجية بينهما لثبوت قول الرسولﷺ (لا نكاح الا بولي وشاهدي عدل).[1]

وذهب بعض المذاهب[2] الى عدم اشتراط هذا الشرط لغرض صحة الزواج ولكن في الواقع ان حماية سمعة الزوجة واسرتها تتطلب ان يتم الزواج بحضور شاهدين، اضافة الى ذلك فان هذا الشرط الشكلي في الإسلام يُحافظ على الحقوق الزوجية.

وجدير بالذكر ان الزواج الفاسد قبل الدخول كالباطل في عدم ترتب الاثار، اما بعد الدخول فتترتب عليه الاثار الشرعية التي سبق ذكرها في الفصل الثالث.

٢ـ عدم وجود مانع ثابت بدليل ظني كزواج الاخت الثانية بعد وفاة الاولى او بعد تطليقها طلاقاً بائناً او رجعياً قبل انتهاء عدتها.

وفي بعض المذاهب[3] من تزوج مُعتدة الغير عالماً بالعدة والتحريم تَحرُم عليه تحريماً مؤبداً عقاباً على صنيعه.

٣ـ عدم التوقيت: فكل زواج يكون مؤقتاً كزواج المتعة وزواج التحليل، يكون فاسداً عند جمهور فقهاء الشريعة، فالرسولﷺ أباح المتعة للمجاهدين البعيدين عن زوجاتهم للضرورة، ثم لما وجد فيها مفاسد اجتماعية منعها وحرّمها. في صحيح مسلم[4] عن علي بن أبي طالب‌ رضي الله عنه ان رسول الله ﷺ نهى عن متعة النساء يوم خيبر، وفي صحيح مسلم روايات أُخر مطابقة لهذه الرواية.

ولا يجوز الاستدلال على جواز المتعة بقوله تعالى ﴿ فَمَا اسْتَمْتَعْتُم بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً﴾[5] لأن هذه الاية وردت بصدد الزواج، والتمتع يكون بعد صحة الزواج والاجر هنا هو المهر، اضافة الى هذه الادلة النقلية الثابتة الصريحة على عدم مشروعية للمُتعة، هناك ادلة عقلية تأبى قبول هذا العمل لما تترتب عليه من مساوي

---

(1) الإلمام بأحاديث الأحكام ٦٢٨/٢ ، البدر المنير ٤٧٥/٧ ، تحفة المحتاج ٣٦٤/٢ ، السنن الكبرى للبيهقي ١٢٥/٧ ، نيل الأوطار ٢٥٨/٦

(2) كما في فقه الامامية في الروضة البهية واللمعة الدمشقية ٧٠/٢: (ولا يشترط الشاهدان في النكاح الدائم ولا الولي في نكاح الرشيدة وان كان افضل على الاشهر)

(3) كالشيعة الامامية. ورد في الروضة واللمعة المرجع السابق ٩٠/٢ (من تزوج امرأة في عدتها بائنة كانت او رجعية او عدة وفاة او عدة شبهة عالما بالعدة والتحريم بطل العقد وحرمت عليه ابداً)

(4) ١٠٢٧/٢

(5) سورة النساء: ٢٤.

ومفاسد اجتماعية، سواء كانت بالنسبة للزوجة او الزوج او المجتمع. اما زواج التحليل فهو ايضا فاسد عند جمهور الفقهاء، كما يأتي بحثه في قسم الطلاق وهو زواج المطلقة طلقة ثالثة بعد عدتها من رجل مجهول على ان يُطلقها بعد الدخول بها، ثم بعد هذا الطلاق اذا انتهت عدتها ترجع الى الزوج الاول بزواج جديد، وهذا الزواج فاسد لانه زواج مؤقت ولانه زواج بشرط فاسد مفسد وهو ان يُطلقها بعد الدخول بها، اضافة الى تخلف عنصر التراضي، لأن هذه الزوجة المسكينة تقبل الزواج من هذا المجهول تحت ضغط الحاجة والضرورة، وتفسير قوله تعالى (فَإِنْ طَلَّقَهَا ـ أي للمرة الثالثة ـ فَلاَ تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ) في هذا النوع من الزواج تفسير خاطئ، كما يأتي تفسير ذلك في محله باذن الله.

٤ـ عدم وجود شرط فاسد ومفسد، فإذا وُجد مثل هذا الشرط يكون الزواج فاسداً كما في زواج الشغار. جاء في صحيح مسلم[1] (باب تحريم نكاح الشغار وبطلانه)[2]. عن ابن عمر ان رسول الله ﷺ نهى عن الشغار[3] والشغار ان يُزوج الرجل ابنته لآخر على ان يُزوجه ابنته وليس بينهما صداق) وفيه ايضا (زاد ابن نمير: والشغار ان يقول الرجل للرجل زوجني ابنتك وأزوجك ابنتي، أو زوجني أختك وأزوجك أختي) والشرط الفاسد في هذا الحديث ضمني.

٥ـ عدم كون الزوجة او الزوج او الولي في الاحرام، لقول الرسول ﷺ (لَا يَنْكِحُ الْمُحْرِمُ وَلَا يُنْكَحُ وَلَا يَخْطُبُ).[4]

وجدير بالذكر ان هذا الشرط مختلَف فيه بين الفقهاء لتضارب الاحاديث فيه.

٦ـ كون الصيغة مُنجِزة: أي يُشترط لصحة الزواج ان لا تكون صيغة الايجاب والقبول مُعلقة على شرط، كأن تقول الزوجة قبلت الزواج على ان لا تتزوج اخرى، او يقول الزوج زوجتك اذا وافقت زوجتي السابقة.

وان لا تكون الصيغة مضافة للمستقبل كأن تقول الزوجة قبلت الزواج في نهاية الشهر مثلاً. وقد سبق بيان أهمية التفرقة بين الزواج الفاسد والزواج الباطل بعد الدخول، فالدخول في الزواج الباطل يُعتبر جريمة الزنا اذا علم الداخل والمدخول بها

---

(1) ١٠٢٤/٢

(2) البطلان هنا يرادف الفساد عند من لا يفرق بينهما

(3) أي عن نكاح الشغار

(4) صحيح مسلم: ٢٥٢٤

بالبطلان، بخلاف الدخول في الزواج الفاسد فهو مقترن بالشبهة ويترتب على هذا الدخول ما ذكرنا سابقا من الاثار الشرعية الخمسة الاتية:

١- ثبوت النسب الشرعي للطفل الذي يأتي من هذا الدخول.

٢- سقوط عقوبة جريمة الزنا لوجود الشبهة.

٣- ثبوت مهر المثل للمدخول بها تعويضا عن ضررها الادبي (المعنوي).

٤- وجوب العدة على المدخول بها من تاريخ التفريق بينهما.

٥- ثبوت المصاهرة.

لكن لا فرق بين الزواج الباطل والفاسد في وجوب التفرقة بين الزوجين وحرمة المعاشرة الزوجية.

ثانيا - اهم شروط النفاذ:

شروط النفاذ هي الشروط التي إذا تخلف واحد منها لا تترتب على الزواج آثاره الشرعية (الحقوق والالتزامات الزوجية) رغم صحة العقد، الا بعد اجازة من له حق الاجازة. فإذا أُجيز ينتج الزواج آثاره من تأريخ انشائه (أي بالاثر الرجعي)، وإن رفض الاجازة من له حق الاجازة يُعتبر الزواج كأن لم يحدث اصلاً، لانه والباطل سيّان حينئذ.

ومن أهم شروط نفاذ الزواج ما يأتي:

١- أهلية الاداء الكاملة لكل من الزوجين اذا باشر الزواج بنفسه وهذه الاهلية هي مرحلة البلوغ. ومرحلة البلوغ اكمال الثامنة عشر من العمر عند بعض الفقهاء، وبه أخذ المشرع العراقي في المادة (١٠٦) من القانون المدني العراقي القائم.

واذا كان الموجب او القابل في الزواج عديم الاهلية، بأن يكون مجنوناً او صبياً غير مميز او من في حكمهما، يكون الزواج باطلاً، واذا كان ناقص الاهلية بأن أكمل السابعة من عمره ولكن لم يدخل سن اهلية الاداء الكاملة وباشر الزواج بنفسه سواء كان قابلاً او موجباً وسواء كان ذكراً او انثى، يكون الزواج موقوفاً على اجازة وليه، فإن اجازه ينتج اثاره بأثر رجعي أي من تاريخ انشائه وان لم يجزه يُعتبر كأن لم يكن اصلاً.

وجدير بالذكر ان تصرفات ناقص الاهلية في الشرع والقانون اذا كانت ضارّة ضرراً محضاً تكون باطلة اجازها الولي ام لم يجزها كتبرعاته للغير. واذا كانت نافعة نفعاً

محضاً تكون صحيحة نافذة اجازها الولي او لم يجزها، كقبول الهدية والوصية ونحوهما، واذا كانت دائرة بين النفع والضرر تكون صحيحة موقوفة على اجازة وليه.

ومن الواضح ان الزواج تصرف دائر بين النفع والضرر فيحتمل النفع والضرر.

٢ـ اهلية مباشرة لتصرف بدون اذن خارجي: فاذا زوّج الولي ولو كان اباً او جداً، البالغة العاقلة الرشيدة بدون علمها واذنها، يكون الزواج موقوفاً على اذنها واجازتها، ولـو كان الزوج كفؤاً والزواج بمهر المثل، لان الرسول ﷺ نهـى عـن تزويجهـا بـدون اذنهـا صراحة، اذا كانـت ثيّبـة وضـمنا اذا كانـت بِكـرا، فقـال (لا تُـنكح الأيّـم[1] حتـى تُستأمر[2] والبِكر حتى تُستأذن. قالوا يا رسول الله وكيف اذنها؟ قال ان تسـكُت.[3]

وقالت عائشة رضي الله عنها سألت رسول الله ﷺ عن الجارية ينكحهـا اهلـها، أتُسـتأمر ام لا؟ فقال لها رسول الله ﷺ: نعم، فقالت عائشة: فقلت له فانها تستحي! فقال رسول الله: فذلك اذنها اذا هي سكتت[4].

عن ابن عباس ان النبـيﷺ قال: الثيّب احق بنفسـها مـن وليهـا والبكـر تُسـتأمر واذنها سكوتها، وفي رواية سفيان ـ فـان الثيّـب احـق بنفسـها مـن وليهـا والبكـر يستأذنها ابوها في نفسها واذنها صماتها، وربما قال وصماتها اقرارها[5].

وقد استقر على هذا الرأي الراجح في الفقه الإسلامي[6].

٣ـ التراضي: يُشترط توافر عنصر التراضي من الزوجين اذا كانا بالغين عاقلين، فاذا أكرِه الزوج على زواج من لا يرضى ان تكون زوجة له، كإجبار الوالد ابنه على زواج بنـت عمه او عمته، او أُكرِهت الزوجة من وليها او غيره على زواج هي لا تقبله لو تُركـت الحرية لأرادتها، كإجبار الاب بنته او إجبار الاخ اخته على ان تتزوج من ابن عمها او ابن عمتها مثلا، يكون الزواج في الحالتين المذكورتين موقوفاً على اجازة المكـره بعـد زوال اثر الاكراه استناداً الى الاحاديث الصحيحة التي ذكرناها.

---

[1] الايم: الثيب.

[2] أي يؤخذ اذنها وموافقتها صراحة بارادتها الحرة.

[3] صحيح مسلم:/ ٢/١٠٣٦.

[4] صحيح مسلم: ١٣٧/٢.

[5] صحيح مسلم المرجع السابق.

[6] في الشرح الصغير للدردير مع حاشية الصاوي ٣٥٥/١ (فانما تزوج بالغ لا صغيرة باذنها ورضاها سـواء أكانت البالغ بكراً ام ثيبا.

واعتبر المشرع العراقي خطأً زواج المكره باطلا، فنصت الفقرة الاولى من المادة التاسعة من قانون الأحوال الشخصية العراقي القائم على انـه (لا يحق لاي مـن الاقـارب او الاغيار اكراه أي شخص ذكراً ام انثى على الـزواج دون رضـاه ويُعتـبر عقـد الـزواج بالاكراه باطلاً اذا لم يتم الدخول) وقد وقع المشرع في الاخطاء الاتية:

أـ اعتبر زواج المكره باطلاً، فخلط بين الباطل والموقوف، فالصـواب هـو ان يُقـال (ويُعتبر زواج المكره موقوفاً على اجازته بعد زوال اثار الاكراه).

ب ـ اعتبر الباطل قابلاً لان تلحقه الاجـازة، بينمـا لا يوجـد في أي قـانون مـن قوانين دول العالم القول بأن العقد الباطل تلحقه الاجازة، لأن البـاطـل معـدوم والبطلان والعدم سيّان، فاذا أريد إكمال العقد فيجب انشاؤه من جديد بعيـداً عن سبب البطلان.

ج ـ اعتبر الدخول مُطلقا اجازة فقال (اذا لم يتم الدخول)، فمفهوم المخالفـة لهـذا القيد هو ان الدخول يُعتبر اجازة ولو كـان بـالاكراه، وهـو خطـأ لأن الـدخول بالاكراه لا يكون اجازة.

المبحث الثالث

شروط اللزوم والجعل

أولا: شروط اللزوم هي: الشروط التي إذا توفرت لا يحق لأي من الطرفين وغيرهما فسخه بارادته المنفردة أو عن طريق القضاء، لكن يجوز الفسخ باتفاق الطرفين كما في الخُلع (الطلاق بعوض).

لكن اذا تخلف شرط من شروطها يكون غير لازم، فيحق للطرف الذي تقرر عدم اللزوم لمصلحته طلب فسخه.

ومن اهم شروط اللزوم ما يأتي:

١- عدم وجود عيب في احد الزوجين من العيوب التي تُبرر التفريق القضائي. ويأتي مفصلاً أسباب التفريق القضائي في القسم الثاني من هذا الكتاب باذن الله.
فاذا وُجد عيب في الزوج أو الزوجة يُبرر طلب فسخ الزواج قضاءاً، يحق للطرف الاخر السالم من هذا العيب أو نحوه ان يطلب هذا الفسخ بالشروط التي تأتي في محلها في قسم الطلاق.

٢- ان لا يكون احد الزوجين عديم الاهلية بالصغر أو الجنون حين انشاء الزواج، فاذا تم زواج الصغير أو الصغيرة من الولي أو زواج المجنون أو المجنونة من قبل القاضي، فبلغ الصغير أو الصغيرة سن الرشد أو زال الجنون، يحق لمن زُوِج وهو عديم الاهلية وفاقد الارادة والادراك حين الزواج، ان يفسخ هذا الزواج اذا لم يكن راضيا به، إحتراما لإرادته واخذاً برضائه، ويبقى الزواج بعد الانشاء وقبل الفسخ صحيحا نافذا، ولكنه غير لازم اي قابل للفسخ، ويرى بعض الفقهاء ان حق الفسخ انما يكون اذا لم يكن الولي الذي تولى انشاء الزواج ابا أو جدا، والا فلا يحق له الفسخ، ولكن هذا يُنافي نص القرآن على ضرورة توافر عنصر التراضي وقت انشاء التصرف أو بعده، كما في قوله تعالى ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ ﴾[1] وموضوع الزواج اخطر من المعاملات المالية.

---

[1] (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ وَلا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيماً) (النساء:٢٩)

٣ـ ان لا يكون الزواج من غير كفء، اذا زوّجت المرأة نفسها من شخص اختارته شريكا لحياتها بدون اذن وليها، يكون الزواج نافذا غير لازم، إذا كان الزوج غير كفء ويحق لوليها طلب فسخه.

والكفاءة لغة: المساواة وبهذا المعنى ورد في القرآن الكريم في قوله تعالى ﴿ وَلَمْ يَكُنْ لَهُ كُفُواً أَحَدٌ ﴾[1] وفي الحديث الشريف عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ عَنْ النَّبِيِّ ﷺ قَالَ (الْمُسْلِمُونَ تَتَكَافَأُ دِمَاؤُهُمْ وَهُمْ يَدٌ عَلَى مَنْ سِوَاهُمْ يَسْعَى بِذِمَّتِهِمْ أَدْنَاهُمْ وَيُرَدُّ عَلَى أَقْصَاهُمْ)،[2] أي تتساوى دماؤهم في القصاص فمن قتل امرأة يُقتل بها قصاصا، واذا قُتل ذو مركز اجتماعي أو سياسي أو إداري أو نحو ذلك شخصاً ضعيفا لا يتمتع بامثال هذه المراكز يُقتص منه.

والكفاءة في الاصطلاح الشرعي: هي ان يكون الزوج بمركز الزوجة في مركز اجتماعي لا تُعَيّر الزوجة أو اولياؤها به.

والكفاءة معتبرة في جانب الرجل لا المرأة، فلا يُشترط ان تكون المرأة كفوا للرجل.

والراجح ان الكفاءة شرط اللزوم دون الصحة أو النفاذ والاوصاف المعتبرة في الكفاءة بعد الدين يُقررها العُرف الصحيح السائد في كل زمان ومكان.

ثانيا ـ الشروط الجعلية[3]

وهي الشروط التي تكون من أحد طرفي الزواج، وهي تُحدد اثار الزواج الى حد ما ويجب الوفاء بها اذا كانت مشروعة، وتكون مشروعة في احدى الحالات الثلاث الاتية:

١ ـ اذا كانت مؤكدة لمقتضى الزواج كطلب الزوجة تأمين البيت الشرعي وتوفير متطلباته.

٢ـ اذا ورد به العرف كأن تشترط ان يكون الانفاق عليها بالمعروف.

٣ـ اذا ورد به الشرع كأن تشترط على زوجها ان يُخولها ويُفوضها بتطليق نفسها اذا تزوج عليها زوجة اخرى، فهذه الشروط وامثالها مشروعة يجب الوفاء بها لقول

---

(١) سورة الاخلاص/ ٤.

(٢) ابن ماجة ٢٦٧٣

(٣) الشروط الجعلية هي التي تكون بأختيار الشخص ذاته أي يجعل الشي شرطاً لشيء أخر بأن لم يقرره الشرع ولا العرف سابقا أو كان مقرراً ولكن ليس ضروريا للتصرف كان تشترط المرأة حين الزواج على زوجها أنه إذا زوج عليها زوجة اخرى يكون لها الحق في أن تطلق نفسها.

الرسولﷺ: (أَحَقُّ مَا أَوْفَيْتُمْ مِنْ الشُّرُوطِ أَنْ تُوفُوا بِهِ مَا اسْتَحْلَلْتُمْ بِهِ الْفُرُوجَ)[١].
وفي رواية مسلم (ان أحق شرط ان يوفى به ما استحللتم به الفروج).[٢]

موقف القانون:

عالج المشرع العراقي شروط الزواج بشكل معيب مبعثر ناقص غير محدد لطبيعة تلك الشروط.[٣]

فنصت المادة السادسة على انه:

١ـ لا ينعقد عقد الزواج إذا فقد شرطا من شروط الانعقاد أو الصحة المبينة فيما يلي:

أ ـ اتحاد مجلس الايجاب والقبول.

ب ـ سماع كل من العاقدين كلام الاخر واستيعابهما بانه المقصود منه عقد الزواج.

ج ـ موافقة الايجاب والقبول.

د ـ شهادة شاهدين متمتعين بالاهلية القانونية على عقد الزواج.

هـ ـ ان يكون العقد غير معلق على شرط أو حادثة غير محققة.

٢ـ ينعقد الزواج بالكتابة من الغائب لمن يريد ان يتزوجها بشرط ان تقرأ الكتاب أو يقرؤه غيرها على الشاهدين وتُسمعهما عبارته وتُشهدهما على انها قبلت الزواج منه.

٣ـ الشروط المشروعة التي تشترط ضمن عقد الزواج معتبرة يجب الايفاء بها.

٤ـ للزوجة طلب فسخ العقد عند عدم قيام الزوج بما يشترط ضمن عقد الزواج.

فالشروط الورادة في الفقرات (أ، ب، ج) هي شروط الانعقاد وفي (د هـ) شروط الصحة وفي الفقرة (٣) شروط جعلية، فكان المفروض ان يُشير المشرع الى طبيعة هذه الشروط صراحة ودورها في الزواج واثار تخلفها، وتضمنت المادة السابعة شرطا من شروط اللزوم فنصت على انه (يشترط في تمام اهلية الزواج العقل واكمال الثامنة عشرة) فهذه الاهلية ليست شرطا

---

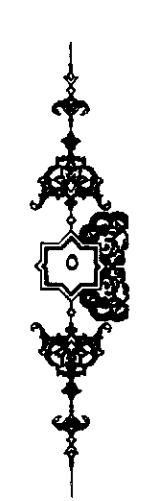
[١] البخاري: ٤٧٥٤.

[٢] صحيح مسلم: باب الوفاء بالشروط في النكاح ٢/١٠٣٥

[٣] أي لم يبين انواعها صراحة.

لصحة الزواج، لأن القضاء العراقي لا يزال يُقر بزواج الصغير والصغيرة اذا وقع خارج المحكمة بشروطه.

وبينت المادة التاسعة شرطا من شروط النفاذ وهو خلو الرضا من الاكراه ووقع في الاخطاء التي سبق ذكرها وتناول في الفصل الرابع المادتين (العاشرة والحادية عشرة) شروطا تنظيمية متعلقة بكيفية تسجيل الزواج في المحكمة وبطرق اثباته اذا وقع خارج المحكمة وذلك حفاظا على الحقوق الزوجية.



الفصل الخامس

الحقوق الزوجية

لكل تصرف شرعي (أو قانوني) صحيح آثار، وهذه الآثار هي الحقوق والالتزامات بالنسبة لاطراف التصرف.

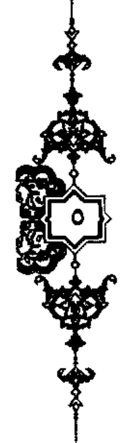
فاذا كان تصرفاً انفراديا أي مكوناً بالارادة المنفردة كالهبة، تترتب عليه حقوق بالنسبة للملتزم له (كالموهوب له) والتزامات بالنسبة للملتزم (كالواهب)، ففي هذه الحالة يكون أحدهما مديناً (الواهب) فقط والآخر دائناً (الموهوب له).

أما اذا كان التصرف مكوناً من تلاقي ارادتين (كالزواج) فانه تترتب عليه حقوق والتزامات متقابلة فيكون لكل طرف حق على الآخر وعلى كلٍ التزامٌ تجاه الآخر. وحق كلٍ موضوعٌ لالتزام الآخر.

والحق: مركز شرعي من شأنه ان ينتفع به صاحبه أو غيره اذا كان مالياً وصاحبه وحده اذا كان غير مالي.

والالتزام: تحمل اداء واجب طوعاً أو كرهاً يترتب عليه انشغال الذمة بحق للغير حتى ينقضي[1].

وبناء على ذلك يكون لكل من الزوجين حقوق على الآخر وعلى كلٍ التزامات تجاه الآخر، ونكتفي باستعراض حقوق الزوجية لان الالتزامات تُعرف ضمن



---

[1] ينظر مؤلفنا: الالتزامات في الشريعة الاسلامية والتشريعات المدنية العربية ص١٧.

معرفة هذه الحقوق، علـى اسـاس ان كـل حـق موضـوع لالتزام الآخر فبينهما التلازم، فكل حـق يسـتلزم وجـود التزام وكل التزام يسـتلزم قيـام حـق، وحقـوق الزوجيـة باعتبار طبيعتها منها مادية وهي الحقوق المالية كـالمهر والنفقة، ومنها معنوية وهي الحقوق غير الماليـة كتمتـع كل من الزوجين بالآخر، ومن حيث الملتزم والملتزم له امـا خاصـة بالزوجـة كـالمهر أو خاصـة بـالزوج كالمطاوعـة الشرعية في المعاشرة الزوجية واما مشتركة بـين الطـرفين كالاحترام المتبادل والمودة.

لذا تُقسم دراسة هذه الأنواع الثلاثة من الحقوق إلى ثلاثة مباحث، الأول لبيان حقوق الزوجة والثاني لحقوق الـزوج والثالث للحقوق المشتركة.

المبحث الأول

حقوق الزوجة على الزوج

حقوق الزوجة على زوجها منها مادية ومنها معنويـة، واقتصـرت علـى بيـان حقوقهـا المادية لأن حقوقها المعنوية تدخل ضمن الحقوق المشـتركة فاكتفيـت بهـذا الـدخول الضـمني استبعادا للتطويل.

وتنحصر الحقوق المادية في انواع ثلاثة وهي المهر والمتعة والنفقة:

اولاً:- المهر:

هدية مالية رمزية يقدمها الزوج لزوجته ليلة الزفاف، كنقطة بداية التعارف بين شخصين اتى كل واحد منهما من عائلة وهي غريبة غالباً بالنسبة للعائلة الاخرى، لغـرض تأسـيس عائلة جديدة، كما يُعتبر تقديم المهر من الزوج لزوجته بمثابة وضع الحجر الاساس لبناء كيـان جديد مشترك منفصل عن كيان اسرة كل منهما، ويدل علـى ان المهـر يُقـدَّم للزوجـة ليلـة الزفاف قبل الدخول بها، منع الرسول ﷺ علي بن ابي طالـب مـن ان يـدخل علـى زوجتـه فاطمة رضي الله عنها بنت رسول الله، حتى يُعطيها شيئاً من المهر، وبناء على هذه الحقيقـة يكيف المهر من حيث مركزه في الزواج بأنه ليس ركناً ولا شرطاً في الزواج، بل ينعقد الزواج صحيحاً في غياب المهر، ولكن يترتب وجوده تلقائياً على انعقاد الزواج، ويتأكد هذا الوجـود بالدخول أو الوفاة سواء ذُكر اثناء انشاء الزواج أو لم يُـذكر، وهـذا مـا نـص عليـه القـرآن الكريم في قوله تعالى ﴿ لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ[1] أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً[2] وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ مَتَاعاً بِالْمَعْرُوفِ حَقّاً عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾[3] وهذه الآية صريحة في جواز الطلاق بعد زواج لم يحصل فيـه الـدخول ولم يُحـدد فيه المهر وتُركت تسميته اثناء انشاء الزواج، ومن الواضح ان الطلاق لا يكون الا بعـد زواج صحيح، فصحة الطلاق تستلزم صحة الزواج، لأن الطلاق انهاء علاقة الزوجيـة.

---

[1] أي من قبل ان تدخلوا بهن وفي قراءة تماسّوهن أي تجامعومن.

[2] الفريضة هي المهر وللمهر أسماء أخرى منها الصداق، والنحلة، والأجر.

[3] سورة البقرة: ٢٣٦.

وللمطلقة قبل الدخول وقبل تسمية المهر حق المتعة تعويضاً عن ضررها الأدبي (المعنوي) الناشئ عن الطلاق ويأتي بيان المتعة بعد بيان المهر.

هذا بخلاف وفاة الزوج في هذه الحالة، فاذا توفي الزوج قبل الدخول بزوجته وقبل تسمية المهر لها، يكون لها مهر المثل، لأن الوفاة بمثابة الدخول وكل دخول قبل تسمية المهر يترتب عليه وجوب مهر المثل، والدليل على ذلك هو ما روي من انه سُئل عبدالله بن مسعود في رجل تزوج امرأة فمات منها ولم يدخل بها ولم يفرض لها الصداق، فقال بعد مدة: (ارى لها مثل مهر نسائها لا وَكْسَ ولا شَطَطَ) (أي لا نقص ولا زيادة) ولها الميراث وعليها العدة، فشهد معقل بن سنان الاشجعي ان النبي ﷺ قضى في بروع بنت واشق الاشجعية بمثل ما قضى به ابن مسعود وشهد بذلك ناس من اشجع ففرح به ابن مسعود فرحا لم يفرح مثله في الإسلام.[1]

مصدر وجوب المهر على الزوج لزوجته:

مصدر هذا الحكم هو القرآن وتؤكده السنة النبوية واجماع فقهاء الشريعة.

أ ـ القرآن الكريم:

وردت في القرآن آيات تأمر بوجوب دفع المهر من الزوج أو ممن يتبرع به بدلاً منه للزوجة بعد الزواج الصحيح أو الدخول المقترن في الزواج الفاسد، منها:

قوله تعالى ﴿ وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً﴾[2]

وقوله تعالى ﴿ فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً ﴾[3]

وقوله تعالى ﴿ وَلا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ أَنْ تَنْكِحُوهُنَّ إِذَا آتَيْتُمُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾.[4]

---

[1] هذه المسألة خلافية لمزيد من التفصيل ومعرفة سبب الخلاف ينظر بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد ٢٢/٢ والراجح هو ان لها مهر المثل والميراث.

[2] (وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْساً فَكُلُوهُ هَنِيئاً مَرِيئاً) (النساء:٤).

[3] (وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ كِتَابَ اللَّهِ عَلَيْكُمْ وَأُحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكُمْ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً وَلا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا تَرَاضَيْتُمْ بِهِ مِنْ بَعْدِ الْفَرِيضَةِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيماً حَكِيماً) (النساء:٢٤).

[4] يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا جَاءَكُمُ الْمُؤْمِنَاتُ مُهَاجِرَاتٍ فَامْتَحِنُوهُنَّ اللَّهُ أَعْلَمُ بِإِيمَانِهِنَّ فَإِنْ عَلِمْتُمُوهُنَّ مُؤْمِنَاتٍ فَلا تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى الْكُفَّارِ لا هُنَّ حِلٌّ لَهُمْ وَلا هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ وَآتُوهُمْ مَا أَنْفَقُوا وَلا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ أَنْ تَنْكِحُوهُنَّ إِذَا آتَيْتُمُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ وَلا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الْكَوَافِرِ وَاسْأَلُوا مَا أَنْفَقْتُمْ وَلْيَسْأَلُوا مَا أَنْفَقُوا ذَلِكُمْ حُكْمُ اللَّهِ يَحْكُمُ بَيْنَكُمْ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ) (الممتحنة:١٠).

ب ـ السنة النبوية:

هناك احاديث كثيرة فعلية وقولية للرسول ﷺ تدل صراحة على وجوب المهـر بعـد الزواج الصحيح، منها ما روي عن ابي سـلمة بـن عبـدالرحمن انـه قـال: سـألت عائشة زوج النبـيﷺ كم كان صداق رسول الله؟ قالت: كان صداقه لأزواجه اثنتي عشرة اوقية[١] ونشاً. قالت اتدري ما النش؟ قال: قلت لا، قالـت: نصـف اوقيـة، فتلك خمسمائة درهم، فهذا صداق رسول الله لأزواجه.[٢]

ج ـ الإجماع:

اجمع فقهاء الشريعة منذ صدر الإسلام الى يومنا هذا على وجوب المهـر او مهـر المثل على الزوج لزوجته بعد الزواج الصحيح او الدخول في الزواج الفاسد.

شروط صحة المهر:

يُشترط في المهر ان يكون مالا متقوماً له قيمة شرعية في التعامل وقـابلا للتعامـل وان يكون مُعَيناً او قابلا للتعيين، مملوكا للطرف الذي يلتزم بدفعه للزوجة، سواء كـان زوجـا او وليه او اي شخص اخر يتعهد بدفعه.

مقدار المهر:

لم يُحدد الشرع الإسلامي الحد الادنى او الحد الاقصى لمقدار المهر، كما لم يُبين طبيعته، بل ترك ذلك للعرف السائد في كل زمان ومكان، ولإمكانية الزوح المالية وللمركـز الاجتمـاعي للزوجة، ولكن الشرع الإسلامي حثّ على عدم المغالاة في المهور، لأن القيم والاخلاق والمحبة والمودة هي الضمان لبقاء الحياة الزوجية، دون مقدار المهر، قال الرسولﷺ: (ان اعظم النكاح بركة أيسره مؤنة)[٣] وفي صحيح مسلم: (باب الصداق وجواز كونه تعليم القرآن وخاتم حديد وغير ذلك من قليل وكثير واستحباب كونه خمسمائة درهم لمن لا يجحف به)،[٤] وفي هذا الباب احاديث كثيرة بشأن مقدار المهر وطبيعته ووجوبه، لا مجال لاستعراضـها، والحاصـل لم يُحـدد

---

[١] الاوقية اربعون درهما من الفضة.

[٢] صحيح مسلم ١٠٤٢/٢ رقم الحديث (١٤٢٦).

[٣] مشكاة المصابيح ٣٠٣٣

[٤] صحيح مسلم/ ١٠٤٠/٢.

الإسلام الحد الادنى ولا الحد الاعلى للمهر، كما لم يُحدد طبيعته، فيجوز ان يكون شيئا ماديا وان يكون معنويا كالتعليم.[1]

تأكد المهر:

يجب المهر كله بانعقاد الزواج الصحيح، ولا خلاف بين فقهاء الشريعة بأنه يتأكد كله بأحد الامرين:

احدهما: بالدخول الحقيقي، لكن اختلفوا في الدخول الحكمي، وهو عبارة عن الخلوة الصحيحة، وهي ان يجتمع الزوجان في مكان منفردين آمنين في الاطلاع عليهما الا باذنهما خاليين من المانع الطبيعي من الدخول، كالصغر او المانع الشرعي كالحيض وصيام رمضان، والمانع الحسّي كوجود شخص ثالث معهما، ولو كان نائماً او اعمى او صبيا مميزاً، فاذا وُجد مانع من هذه الموانع تكون الخلوة فاسدة لا يتأكد بها المهر بالاجماع، ولكن إذا انتفت جميعها تكون الخلوة صحيحة، فاختلف الفقهاء في انها هل تُعتبر دخولا حُكمياً فيتأكد بها المهر كله كالدخول الحقيقي،[2] واستند من قال بانها تُعد دخولا من حيث تأكد كل المهر الى بعضٍ من الادلة الشرعية، منها قول الرسول ﷺ (من كشف خمار امرأته ونظر إليها وجب الصداق، دخل بها ام لم يدخل)[3]، والى الادلة العقلية منها ان الزوجة بالخلوة الصحيحة قد مكّنت زوجها من نفسها في حالة عدم وجود مانع من ان يستوفي حقه المشروع (الدخول).

والثاني: بالوفاة: من تزوج امرأة ومات احدهما بعد انعقاد الزواج صحيحاً ولو بمدة قليلة، يجب المهر كله للزوجة إذا كان المتوفى هو الزوج، ولورثة الزوجة إذا كانت هي المتوفية.

---

[1] اراد عمر بن الخطاب (رض) ان يمنع الناس من المغالاة في المهور وأمر الا يزاد في المهر على اربعمائة درهم وقال حينما خطب في الناس: الا لا تغالوا في صدقات النساء فانها لو كانت مكرمة في الدنيا او تقوى عند الله لكان اولاكم بها رسول الله (ﷺ) ما اصدق قط امرأة من نسائه ولا بناته فوق اثنتي عشرة اوقية فمن زاد على اربعمائة شيئاً جعلت الزيادة في بيت المال) ثم قالت امرأة من قريش ليس هذا اليك يا عمر فقال عمر ولم؟ قالت لان الله تعالى يقول: وَإِنْ أَرَدْتُمُ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنْطَاراً فَلا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئاً أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَاناً وَإِثْماً مُبِيناً (النساء:٢٠) فقال عمر اللهم عفوا كل الناس افقه منك يا عمر وفي رواية أصابت امرأة واخطا عمر.

[2] وقال البعض كالشافعية والظاهرية والامام مالك لا يجب ولا يتأكد كل المهر بالخلوة الصحيحة.

[3] بدائع الصنائع ٢/٢٩٢

وجدير بالذكر ان المهر بعد وجوبه وتأكده دَينٌ يتعلق بذمة الزوج، فإذا مـات قبـل دفعـه لها يجب دفعه من التركة قبل توزيعها وقبل تنفيذ الوصية.

والمهر المُسمى او مهر المثل إذا كـان مـؤجلاً كلـه او بعضـه، يتحـول الى المُعجّـل بأحـد الامرين، بالطلاق البائن او الوفاة.[1]

زيادة المهر والحط منه:

يجوز للزوج البالغ العاقل الرشيد المختار ان يزيد ـ بعد انعقاد الزواج ـ على المهر المتفق عليه ما شاء وتلزمه هذه الزيادة، كما يجوز للزوجة البالغة العاقلة الرشيدة المختارة ان تحـطّ عن زوجها برضاها وان تبرأ الزوج من جزء من مهرها او مـن كلـها او مـن المؤجـل وذلـك بالإبراء، إذا كان المهر دينا متعلقاً بذمته، بأن يكون مثليا كالنقود، اما إذا كان المهر مـن الاعيان كالعقار والسيارة، يكون الحطّ بالهبة لأن الابراء لا ينصب على الاعيان.

ومصدر جواز زيادة المهر وحطه القرآن الكريم، كما في قوله تعـالى: (وَلاَ جُنَـاحَ عَلَـيْكُمْ فِيمَا تَرَاضَيْتُمْ بِهِ مِنْ بَعْدِ الْفَرِيضَةِ).[2]

فكل تصرف شرعي او قانوني جائز بشرط اهليه المتنازل عن حقه برضاه التام الخالي عن عيب من عيوب الارادة كالاكراه، والتغرير، والخطأ، والاستغلال.

تشطر المهر:

متى تزوج رجل امرأةً زواجا صحيحا ثم طلقها قبل الدخول، فإن مهرها المسمى يتشـطر الى نصفين، يرجع نصفه للزوج لأنه لم يتمتع بالزوجة ولم يتأكـد بالـدخول. والنصـف الثـاني يبقى مُلكا للزوجة سواء كان المهر مؤجلا او معجلا، تعويضـا عـن الضـرر المعنـوي الـذي اصابها بالطلاق، لأن الطلاق يُقلل من شأن المرأة إذا طُلقت ولو كـان الطـلاق بتقصـير مـن الزوج.

---

[1] وأخذ بهذا الحكم المشرع العراقي حيث تنص المادة العشرون من قانون الاحوال الشخصية القائم على انه (يجوز تعجيل المهر او تأجيله كلاً او بعضاً. وعند عدم النص على ذلك يتبع العرف. يسقط الأجل المعين في العقد لاستحقاق المهر بالوفاة او الطلاق).

[2] (وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ كِتَابَ اللَّهِ عَلَيْكُمْ وَأُحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكُمْ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا تَرَاضَيْتُمْ بِهِ مِنْ بَعْدِ الْفَرِيضَةِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمًا) (النساء:٢٤).

وبذلك سبق الإسلام القوانين الوضعية في إقرار الضرر المعنوي وإيجاب التعويض عنه، ومصدر هذا الحكم القرآن الكريم، كما في قوله تعالى ﴿ وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ(١) وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَ الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ وَأَنْ تَعْفُوا أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى وَلَا تَنْسَوُا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ إِنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ﴾.(٢)

وبناء على ذلك يكون للزوجة نصف المهر بالشروط الاتية:

١- ان يكون الزواج صحيحا، فاذا كان فاسدا وحصلت الفرقة بينهما قبل الدخول لا تستحق الزوجة شيئا من المهر، لان مهر المثل او الاقل من المسمى ومهر المثل في الزواج الفاسد انما هو من اثر الدخول ولان الزواج الفاسد كالباطل يجب التفريق بين الزوجين.

٢- ان يُسمى المهر تسمية صحيحة.

٣- ان تقع الفُرقة قبل الدخول والخلوة الصحيحة(٣).

٤- ان لا تكون الفرقة بطلب من الزوجة أو بسبب منها والا فلا تستحق شيئا من المهر.

متى يجب مهر المثل؟

مهر المثل: هو مهر امراة من قوم ابيها كاختها وعمتها، بشرط ان تماثلها فيما يُعتد به من صفات النساء من سن وجمال، ومال، ودين، وادب، وعقل، وعلم، وبكارة، وثيوبة، وولادة، وعقم، ونحو ذلك من الصفات المعتبرة المرغوبة في النساء.

واذا لم توجد من قوم ابيها يُعتد بمهر امراة تُماثلها من اسرة كاسرة ابيها.

اهم الحالات التي يجب فيها مهر المثل بدلا من المهر المسمى:

١- إذا لم يُسم المهر في الزواج اصلا، او تم اتفاق الطرفين على نفيه وهذا الاتفاق باطل إن حصل، لانه مخالف للنظام العام.

٢- إذا كان المسمى غير متقوّم لا توجد له قيمة شرعية كالمسكرات والمخدرات.

---

(١) اي قبل ان تدخلوا بهن.

(٢) البقرة:٢٣٧.

(٣) وهي كالدخول بالنسبة للمهر على الرأي الراجح.

٣ـ إذا كان المال غير قابل للتعامل شرعا وقانونا كاموال الوقف في الشرع والامـوال الاثرية في القانون.
٤ـ إذا كان المسمى مجهولا جهالة فاحشة كان يُزوجها على بعض من اغنامه او ابقاره او إبله او نحو ذلك.
٥ـ إذا كانت مُلكية المهر المسمى عائدة لغـير الملتـزم بدفعـه للزوجـة، كـأن يكـون مسروقا او مغصوبا.
٦ـ إذا كان منشؤه الدخول في الزواج الفاسد، فالزواج الفاسد لا تترتب عليه الحقـوق والالتزامات لانه مع الباطل سيان، لكن إذا حصل الدخول بعده تترتب على هـذا الدخول بعض الآثار الشرعية كما ذكرنا سابقا، ومنها وجوب مهر المثل للمدخول بها تعويضا عن الضرر الادبي(المعنوي) الذي لحق بها نتيجة لهذا الدخول.

مُسقطات المهر:

يسقط المهر كله في حالات الفرقة بغير طلاق قبل الدخول الحقيقي او الخلوة الصحيحة كما في الصور الآتية:

أـ اختيار القاصر او القاصرة فسخ الزواج بعد البلوغ إذا تم الزواج قبل البلوغ.
ب ـ اختيار المجنون او المجنونة فسخ الـزواج بعـد الافاقـة إذا تم الـزواج في حالـة الجنون.
ج ـ الفسخ لاي سبب آخر.
د ـ ارتداد الزوجة قبل الدخول والخلوة.
هـ ـ دخول الزوج الإسلام واباء الزوجة عن اعتناق الإسلام وهي غير كتابية.
وـ ابراء الزوج من المهر إذا كان دينا بذمته وهي بالغة عـاقلـة رشـيدة مختـارة سـواء كيف الابراء بالتمليك او الاسقاط.
زـ هبة الزوجة مهرها كله للزوج قبل القبض دينا كان او عينا او بعده إذا كان عينا بشرط ان تكون الزوجة اهلا للتبرع.

اما إذا ابرأت الزوجة زوجها من مهرها او وهبتـه ايـاه لغـرض تقويـة علاقـة الزوجيـة واستمراريتها ثم طلقها فلا يسقط المهر سواء كان ذلك قبـل الـدخول او بعـده لعـدم تحقـق الغرض الذي هو الباعث الدافع الى الابراء او الهبة.[1]

موقف القانون من المهر:

لم يتناول قانون الأحوال الشخصية العراقي القائم شـقوقات المهـر واحكامـه الا بصـورة موجزة كالاتي:

نصت (م١٩) على انه:

١ـ تستحق الزوجة المهر المسمى بالعقد فان لم يُسم أو نُفي اصلا فلها مهر المثل.

٢ـ اذا سلم الخاطب لمخطوبته قبل العقد مالا محسوبا على المهر ثم عـدّل احـد الطـرفين عن اجراء العقد أو مات احدهما، فيُمكن استرداد مـا سُـلم عينـا وان اسـتهلك فبدلاً.

٣ـ تسري على الهدايا احكام الهبة.

ونصت (م٢٠) على انه:

١ـ يجوز تعجيل المهر أو تأجيله كلا أو بعضا وعنـد عدم النص على ذلك يُتبع العرف.

٢ـ يسقط الاجل المُعين في العقد لاستحقاق المهر بالوفاة أو الطلاق.

ونصت (م٢١) على انه (تستحق الزوجة كل المهر المسمى بالدخول أو بموت احد الزوجين وتستحق نصف المهر المسمى بالطلاق قبل الدخول).

ونصت (م٢٢) على انه:

(اذا وقعت الفرقة بعد الدخول في عقد غير صحيح (الفاسد) فان كان المهر مسمى فيلزم اقل المهرين من المسمى والمثل وان لم يُسم فيلزم مهر المثل.

---

[1] في موضوع المهر يراجع المراجع الاتية:
البدائع للكاساني (الفقه الحنفي) ١٤٢٢/٣ وما يليها.
تحفة المحتاج (الفقه الشافعي) شهاب الدين احمد بن حجر الهيتمي ٣٧٥/٧ ومما يليها.
شرح الخرشي على مختصر سيدي خليل (الفقه المالكي) ٢٥٣/٣ وما يليها.
بداية المجتهد (الفقه المقارن) لابن رشد ٢٢/٢ وما يليها.
المحلى (الفقه الظاهري) لابن حزم ٤٨١/٩ وما يليها.
المغني (الفقه الحنبلي) لابن قدامة ٦٧٩/٦ وما يليها.

ثانياً :- المتعة :

من الحقوق المالية للزوجة المتعة وهي لغة كل ما يتمتع به الإنسان من الاموال وغيرها.

وفي الاصطلاح الشرعي ما يُقدمه الزوج من المال لزوجته المطلقة التي فارقها بسببه لا بسبب منها قبل الدخول وقبل تحديد المهر لها.

وبناء على التعريف المذكور يشترط لوجوب المتعة للزوجة المطلقة على زوجها الشروط الاتية:

١ـ ان يكون الزواج صحيحاً لان الفرقة في الزواج الفاسد أو الباطل قبل الدخول وقبل تحديد المهر لا توجب شيئا على الزوج.

٢ـ عدم ذكر المهر الصحيح في انشاء الزواج، اما اذا ذُكر فيتأكد كله بالدخول ويتشطّر الى نصفين نصفه يرجع للزوج والنصف الاخر يبقى للزوجة اذا طُلقت قبل الدخول.

٣ـ ان تكون الفرقة قبل الدخول، هذا الشرط يكون بالنسبة لوجوب المتعة، اما في استحبابها فلا فرق بين ان تكون الفرقة قبل الدخول أو بعده، ففي كلتا الحالتين تستحق المتعة على الرأي الراجح في الفقه الإسلامي.

٤ـ ان لا تكون الفرقة بسبب منها، كارتدادها عن دين الإسلام أو كطلبها للفرقة عن طريق القضاء بدون تقصير من الزوج.[1]

٥ـ ان لا تكون الفرقة بالوفاة، والا فلها مهر المثل قياسا للموت على الدخول، كما قضى بذلك الرسولﷺ وابن مسعود وقد سبق تفصيل هذا الموضوع في البحث عن احكام المهر.

المصدر الشرعي لوجوب المتعة :

المصدر الرئيس لمتعة الزوجة بصورة خاصة كما في حالة الطلاق قبل الدخول وتحديد المهر وبصورة عامة كما في الطلاق مطلقا، هو القرآن الكريم، حيث امر بالمتعة في آيات متعددة منها:

[1] في الانوار للعلامة اردبيلي ٢/١٤٠ (وكل فراق منها أو بسببها فلا متعة لها)

قوله تعالى ﴿لاجُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ[١] أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ[٢] قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ[٣] قَدَرُهُ مَتَاعاً بِالْمَعْرُوفِ حَقّاً[٤] عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾[٥].

وقوله تعالى ﴿ وَلِلْمُطَلَّقَاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقّاً عَلَى الْمُتَّقِينَ ﴾[٦]

وقوله تعالى ﴿ يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُلْ لأَزْوَاجِكَ إِنْ كُنْتُنَّ تُرِدْنَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا وَزِينَتَهَا فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ[٧] وَأُسَرِّحْكُنَّ سَرَاحاً جَمِيلاً [٨] * وَإِنْ كُنْتُنَّ تُرِدْنَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَالدَّارَ الآخِرَةَ فَإِنَّ اللَّهَ أَعَدَّ لِلْمُحْسِنَاتِ مِنْكُنَّ أَجْراً عَظِيماً ﴾.

وقوله تعالى ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا فَمَتِّعُوهُنَّ[٩] وَسَرِّحُوهُنَّ[١٠] سَرَاحاً جَمِيلاً ﴾.[١١]

مقدار المتعة:

من الواضح ان المتعة هي بدل من المهر ومهر المثل في حالة عدم ذكر المهر الصحيح وعدم الدخول ثم الطلاق، وان للبدل حُكم المُبدَل، وقد سبق تفصيلاً حكم المبدل منه (المهر). وبناء على ذلك تُرك تحديد المتعة كمّاً (مقداراً) وكيفاً (نوعاً) للعرف السائد في بلد الزوجين، مع مراعات مركز الزوجة الاجتماعي والثقافي ونحوهما وامكانية الزوج مالياً والوضع الاقتصادي في بلدهما، واذا حصل التنازع بينهما في التحديد كمّاً وكيفاً يُقدرها القاضي.[١]

---

[١] في قراءة حمزة والكاساني (تماسوهن أي تجامعوهن. مجمع البيان في تفسير البيان للطبري (ابي على الفضل بن الحسن) ١/٣٣٩.

[٢] الذي يكون ذا سعة لغنائه.

[٣] الذي يكون ذا ضيق لفقره.

[٤] تأكيد للوجوب.

[٥] سورة البقرة:٢٣٦

[٦] سورة البقرة:٢٤١

[٧] أي متعة الطلاق.

[٨] أي من غير اضرار.

[٩] أي ان لم يسم لهن صداق والا فلهن نصف المسمى.

[١٠] أي خلوا سبيلهن من غير اضرار.

[١١] سورة الاحزاب: ٤٩.

القاضي.[١]

حكمة المتعة:

المتعة تعويض من الزوج لزوجته المطلقة عن الضرر الادبي (المعنوي) الذي يصيبها بسبب الطلاق، لأن الطلاق اضافة الى انه يؤذي الزوجة المطلقة إيذاءاً نفسياً فأنه يُقلل من شأنها ومن رغبة الناس في الاقدام على زواجها لكونها مطلقة وان لم يكن لها تقصير في حدوث الطلاق.

حكم المتعة:

لا خلاف في ان المتعة واجبة بالنسبة لزوجة مطلقة غير مدخول بها وغير مُقدر لها المهر، كما نص على ذلك الآية القرآنية في سورة البقرة،[٢] لكن يُفهم من الآيات الأُخر جواز الجمع بين المهر كله أو بعضه وبين المتعة، وقد اختلف في ذلك فقهاء الشريعة، فمنهم من قال: المتعة تكون لكل مُطلقة سوى المُطلقة المفروض لها المهر، اذا طُلقت قبل الدخول فلها نصف الصداق ولا متعة لها،[٣] ومنهم من قال من المستحب المتعة لكل مُطلقة رغم تمتعها بمهرها كله أو بعضه اخذاً بعموم قوله تعالى ﴿وَلِلْمُطَلَّقَاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقّاً عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾.[٤]

وأرى ان هذا الرأي هو الراجح، فالمتعة واجبة في حالة الطلاق قبل الدخول وعدم ذكر المهر الصحيح ومُستحبة فيما عدا هذه الحالة بالنسبة لكل مُطلقة للحكمة التي ذكرناها آنفاً.

مسقطات المتعة:

تسقط المتعة بكل ما يسقط به المهر لأنها بدل منه ولها حكم المُبدل منه.[٥]

---

[١] تحفة المحتاج المرجع السابق ٤١٧/٧.

[٢] الآية (٢٣٦).

[٣] مجمع البيان. المرجع السابق ٣٣٩/١.

[٤] سورة البقرة: ٢٤١

[٥] ينظر فيما يتعلق بالمتعة المراجع الاتية: الجامع لاحكام القران للقرطبي (ابي عبدالله محمد بن أحمد) ١٩٧/٣ وما يليها.مجمع البيان للطبري (ابي علي الفضل بن الحسن) ٣٣٩/١ وما يليها.

موقف القانون من المتعة:

لم يتطرق قانون الأحوال الشخصية العراقي القائم لموضوع المتعة صراحة بهذا التعبير، لكن في مقابل ذلك نصّ على احكام متقاربة مع احكام المتعة من حيث المآل. فنصّت (ف٣) من المادة (٣٩) على انه (اذا طلّق الزوج زوجته وتبيّن للمحكمة ان الزوج مُتعسف في طلاقها (أي لم يكن للطلاق مبرر شرعي) وان الزوجة اصابها ضرر من جراء ذلك، تحكم المحكمة بطلب منها على مُطلقها بتعويض يتناسب وحالته المالية ودرجة تعسفه يُقدر جملة على انه لا يتجاوز نفقتها لمدة سنتين علاوة على حقوقها الثابتة الاخرى.

ثالثاً: نفقة الزوجة:

من الالتزامات المالية على الزوج الانفاق على زوجته في الزواج الصحيح ما لم يكن هناك مانع شرعي.

النفقة في اللغة: مأخوذة اما من النفوق وهو الهلاك كما يقال نفق المال اذا هلك، أو من النفاق وهو الرواج يُقال نُفقت السلعة أي راجت.[1]

وفي الاصطلاح الشرعي (والقانوني): اسم لما يصرفه الإنسان على زوجته واولاده وأصوله أو غيرهم ممن تجب عليه نفقته.

ومن الواضح انه توجد علاقة بين المعنيين (اللغوي والشرعي) لما في نفقة الإنسان على الغير من هلاك مال المُنفِق ورواج حال المُنْفَقْ عليه في نفقة الزوجة، ولا مبرر لتعداد الحاجيات التي تكون مشمولة بالنفقة، لانها عبارة عن متطلبات حياة الزوجة ومستلزماتها مما يكون ضرورياً لها ولزوجها ولأولادها. وهذه المستلزمات للحياة الاسرية تُحدد في ضوء العرف السائد في كل بلد وفي كل زمان ومكان وفي ضوء الظروف الاقتصادية في البلد والمكنة المالية للزوج والمركز الاجتماعي للزوجة.

تحفة المحتاج، المرجع السابق ٤١٥/٧ وما يليها. الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية المرجع السابق ٢١١/٢ وما يليها. المغني لابن قدامة المرجع السابق ٧١٥/٦ وما يليها. المحلى لابن حزم المرجع السابق ٤٨١/٩ وما يليها.

[1] لسان العرب لابن منظور فصل النون حرف القاف.

شروط وجوب نفقة الزوجة:

يُشترط لوجوب نفقة الزوجة شروط اهمها ما يلي:

١ـ ان يكون الزواج صحيحاً فلا نفقة ولا سكنى في الزواج الفاسد ولا في العدة من الزواج الفاسد.

٢ـ ان لا تكون الزوجة ناشزاً نشوزاً ثابتاً.

٣ـ الامكانية المالية للزوج، فاذا كان الزوج فقيرا وعاجزا عن العمل لا تجب عليه نفقة زوجته، بل يُعطى للزوجة في هذه الحالة حق طلب التفريق القضائي ان أرادت.

وجدير بالذكر ان بعض الفقهاء[1] ذهب الى ان نفقة الزوج في هذه الحالة واجبة على زوجته، لأن الله سبحانه وتعالى ربط النفقة بالميراث، فما دامت الزوجة وارثة لزوجها اذا مات وله مال، تجب عليها نفقة هذا الزوج اذا كانت متمكنة ماليا وآخذاً بقاعدة (الغُرْمُ بالغُنْم) وقد أشار القرآن الكريم الى هذا الحكم إشارة واضحة في قوله تعالى ﴿ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ ﴾[2] ففرض نفقة المولود على من يرثه إذا مات والده أو كان غير قادر على الانفاق.

وقد أخذ بهذا الرأي مشروع القانون العربي الموحد للاحوال الشخصية حيث نص في المادة (٥٢/ج): (تُلزم الزوجة الموسرة بالانفاق على الأسرة ان كان لها مال)[3] ومن الواضح ان الأسرة تشمل الزوجة والزوج وأولادهما.

المصدر الشرعي لنفقة الزوجة:

المصدر الشرعي الرئيس لوجوبها على زوجها هو القرآن الكريم ثم تُؤكده السُنّة النبوية والاجماع والمعقول.

---

[1] كابن حزم الظاهري في كتابة المحلى (٩٢/١٠): حيث قال: (فان عجز الزوج عن نفقة نفسه وامرأتُهُ غنيةٌ كلفت النفقة عليه ولا ترجع عليه بشيء من ذلك ان أيسر). واحتج بالاية المذكورة (وعلى الوارث مثل ذلك)

[2] سورة البقرة:٢٣٣.

[3] ينظر المجلة العربية للفقه والقضاء. العدد الثاني السنة الثانية تشرين الاول ١٩٨٥.

أ ـ القرآن الكريم:

وردت آيات تأمر الزوج بالانفاق على الزوجة التي تكون تحت عصمته فعلا أو تكون مُطلقة وهي لم تنته عدتها بعد ومن تلك الايات:

قوله تعالى: ﴿ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾[1].

قوله تعالى: ﴿ أَسْكِنُوهُنَّ[2] مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ[3] وَلا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ وَإِنْ كُنَّ أُولاتِ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾[4].

وجدير بالذكر ان الشرط الوارد في نهاية هذه الآية ليس له مفهوم المخالفة على الرأي الراجح، بل تجب نفقة المعتدة سواء كانت حاملا أو غير حامل حتى تنتهي عدتها.

قوله تعالى: ﴿ لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ[5] مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْساً إِلَّا مَا آتَاهَا ﴾.[6]

ومن الواضح ان النفقة اذا كانت واجبة على الزوج لزوجته المطلقة طلاقا بائنا أو رجعيا في مدة عدتها، فمن باب اولى تكون واجبة اذا كانت تحت عصمته والزوجية قائمة.

ب ـ السنة النبوية:

هناك احاديث كثيرة تأمر بانفاق الزوج على زوجته منها:

قوله ﷺ (اتقوا الله في النساء فأنكم اخذتموهن بأمانة الله واستحللتم فروجهن ولهن رزقهن وكسوتهن بالمعروف) [7].

قوله ﷺ (عن عَائِشَةَ أَنَّ هِنْدَ بِنْتَ عُتْبَةَ قالت: يا رَسُولَ اللَّهِ، إِنَّ أَبَا سُفْيَانَ رَجُلٌ شَحِيحٌ، وَلَيْسَ يُعْطِينِي ما يَكْفِينِي وَوَلَدِي إلا ما أَخَذْتُ منه وهو لا يَعْلَمُ، فقال: خُذِي ما يَكْفِيكِ وَوَلَدَكِ بِالْمَعْرُوفِ).[8]

---

[1] سورة البقرة /٢٣٣.

[2] أي الزوجات المطلقات في مدة العدة.

[3] أي من سعتكم ومكنتكم المالية.

[4] سورة الطلاق/٦.

[5] أي على المرضعات والمطلقات الى ان تنتهي عدتهن

[6] سورة الطلاق/٧.

[7] تهذيب الآثار للطبري ٦٢٧

[8] صحيح البخاري، برقم (٥٠٤٩)، ٥/ ٢٠٥٢.

ج ـ الاجماع:

اجمع فقهاء الشريعة منذ صدر الإسلام على وجوب العمل بمقتضى ما يـأمر بـه القـرآن وتؤكده السنة النبوية من انفاق الزوج على زوجته.

د ـ المعقول:

العقل السليم يقضِ بالتزام الزوج بالانفاق على زوجته ما دامت مرتبطة به ومُقيدة بقيد الزواج بحيث اصبحت كالمحبوسة بسببه.

حكم نفقة الزوجة:

يُؤخذ من الادلة المذكورة ان حكم نفقة الزوجة على زوجها هو الوجوب المـرادف للفـرض اذا تحققت شروطه وانتفت موانعه، وتصبح دينا في ذمة الزوج وتتراكم في ايام عـدم الانفـاق، ولا تسقط هذه النفقة المتراكمة إلا بالاداء أو الإبراء. ولها حق المقاضاة ضـد الـزوج المـتمكن مالياً والممتنع عن الانفاق لإجباره قضاءاً على الانفـاق أو التفريـق القضـائي اذا اختـارت الزوجة التفريق ولها حق الاستدانة على حساب الزوج في حالة غيابه وعـدم وجـود مـال لـه تُنفق منه على نفسها وأولادها ما لم يكن هناك مانع من موانع وجوب النفقة كالنشوز.

متى تجب نفقة الزوجة على زوجها:

اختلف آراء الفقهاء في تحديد تأريخ وجوبها فمنهم من ذهب الى انها تجب بمجـرد انعقـاد الزواج الصحيح سواء كانت الزوجة مسـلمة أو كتابيـة أو صـغيرة أو كـبيرة أو صـحيحة أو مريضة ـ وسواء كانت منتقلة الى بيـت الزوجيـة او لا، مـا لم يطلـب انتقالهـا الى البيـت الزوجي وهي تمتنع لغير عذر مشروع، وسواء كـان الـزوج صـحيحاً أو عنينـاً أو مجبوبـاً أو صغيراً لا يقدر على المعاشرة الزوجيـة،[1] لان الله ربـط النفقـة بـالزواج ذاتـه لا بالمعاشـرة الجنسية أو الاحتبـاس، كما ورد هذا العموم والاطلاق في مصادر وجوب النفقة، وبهذا الاتجـاه اخذ مشروع القانون العربي الموحد للاحوال الشخصية حيث نصت (م٥٢/١) على انه (تجب نفقة الزوجة على زوجها من حين العقد الصحيح) وكـذلك المشـرع العراقـي في (م٢٣) مـن

[1] في المحلى (١٠/٨٨): ينفق الرجل على امرأته من حين عقد النكاح دعي الى البناء أو لم يدع ولو انها في المهد ناشزا كانت أو غير ناشز غنية كانت أو فقيرة ذات أب أو يتيمة برهـان ذلـك قـول الرسـول ﷺ (ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف).

قانون الأحوال الشخصية (تجب النفقة للزوجة على الزوج من حين العقد الصحيح ولو كانت مقيمة في بيت اهلها، الا اذا طالبها الزوج بالانتقال الى بيته فأمتنعت بغير حق).

ومنهم من ذهب الى ان سبب استحقاق الزوجة للنفقة هو احتباسها لحقه ومنفعته، بناء على هذا الاتجاه لا تجب نفقة لزوجة لا تصلح للمعاشرة الزوجية لمانع طبيعي كالصغر أو عارض كالمرض. والرأي الاول هو الراجح لقوة ادلته.

مقدار النفقة:

لم يُحدد الشرع الإسلامي مقدار النفقة ولا نوعها، لان النفقة من حيث الكم والكيف تختلف باختلاف الزمان والمكان والوضع الاقتصادي للبلد الذي يسكن فيه الزوجان، مع مراعات امكانية الزوج ومركز الزوجة الاجتماعي.

وبناء على ذلك فان المعيار لتحديد النفقة كمّاً وكيفاً هو العرف والامكانية المالية للزوج والمركز الاجتماعي للزوجة، كما نصّ على ذلك قوله تعالى: ﴿ لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْساً إِلَّا مَا آتَاهَا ﴾ ولانه المراد بالمعروف في قوله تعالى: ﴿وعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بالمعروف﴾.[1]

---

[1] – سورة البقرة/٢٣٣

المبحث الثاني
حقوق الزوج على زوجته

كما للزوجة حقوق منها مالية ومنها غير مالية، كذلك للزوج حقــوق اكثرهــا معنويــة وقد تكون مالية عند عجز الزوج وتوفر المكنة المالية للزوجة .

ومن أهم هذه الحقوق:-

١- حق الطاعة: للزوج على زوجته حق الطاعة في كل ما هو من آثار الزواج ولا طاعة له عليها في كل ما لا يكون من آثار الزواج، وفي كل ما يكون معصية ومخالفـا لأوامـر ونواهي الله ومخالفا للنظام العام والآداب العامة كتعاطى المسـكرات ولعـب القمـار وكشف العورة امام غير الزوج والخروج بشكل غير لائق، فلا يجوز للزوجة امتثال طلب الزوج في تلك الحـالات وامثالهـا لقـول الرسـول ﷺ (لا طاعـة لمخلـوق في معصـية الخالق).[1] اما في الامور المشروعة المتعلقة بالزواج فمتى أوفى الزوج زوجته حقوقهـا الواجبة عليه من الحقوق المذكورة في المبحث الاول، عليها طاعته في حدود ما يفرضه ميثاق الزواج.

٢- على الزوجة تنفيذ ما يطلبه الزوج في حدود مسـؤوليته الزوجيـة والاسـرية لصـالح الأسرة باعتباره رئيسا للعائلة بحكم مكنته الماليه وطاقته البدنية في كسـب المعيشـة لزوجته ولاولادهما والدفاع عنها وعن الاولاد كلمـا تعرضـت الأسـرة لخطـر اعتـداء المعتدي، وهذه المسؤولية المعيشـية والدفاعيـة هي التي سمّاها القـرآن الكـريم قوامـة، فقال سبحانه وتعالى: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ﴾، فافضـلية الرجـل في هـذا المقـام لـيس لـنقص مكانتهـا الإنسانية وكرامتها الشخصية، وانما لميزة قوة يتمتـع بهـا الرجـل في كسـب العـيش والدفاع عن الأسرة، وليس المراد القيّم على الناقص بالمفهوم الشائع، فالزوجة ليست ناقصة العقل ولا ناقصة الاهلية حتى تكون عليها القيمومـة القانونيـة والشـرعية، فلها ذمتها المالية المستقلة عن الذمة الماليـة للـزوج، ولهـا ان تتصـرف في اموالهـا بالحرية التامة دون الحاجة الى اذن مـن زوجهـا، وللزوجـة ان تتـولى كافـة المناصـب

---

[1] - صحيح، مشكاة المصابيح، الألباني ٣٦٢٤

والوظائف في الدولة كالرجل بدون تمييز، كما قال سبحانه وتعالى في القرآن الكريم: ﴿الْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ يَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنْ الْمُنكَرِ﴾، والمراد هو الولاية العامة بقرينة الامر بالمعروف اي بما فيه خير ونفع المجتمع والفرد، والنهي عن المنكر أي عن كل شر وضرر عن المجتمع والفرد، ولها ممارسة وظيفة رئيس الدولة الى ادنى موظف هو الامر بالمعروف والنهي عن المنكر.

٣- حق الزوج في تأديب زوجته اذا ارتكبت جريمة اخلاقية، كما نصّ على هذا التأديب والعقوبة التعزيرية القرآن الكريم في قوله تعالى: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ فَالصَّالِحَاتُ قَانِتَاتٌ حَافِظَاتٌ لِلْغَيْبِ بِمَا حَفِظَ اللَّهُ وَاللاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلاَ تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلاً إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيًّا كَبِيرًا﴾[1].

امر سبحانه وتعالى في هذه الأية بعقوبات تعزيرية متتاليات في التسلسل اذا ارتكبت الزوجة ما تستحق هذه العقوبات وذلك حرصا على استمرارية الحياة الزوجية وعدم تحطيم مؤسسة الزواج على رؤس من فيها من الكبار والصغار ممن لاذنب لهم على الخطوات التالية:

الخطوة الاولى: امر القرآن الكريم الزوج في حالة نشوز زوجته ان يتبادر الى طريقة النصح والارشاد والتوجيه والتنبيه على الاخطاء بدلا من اللجوء الى الطلاق، فقال سبحانه وتعالى: ﴿واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن﴾ هذه الطريقة هي اول واجبات رب الأسرة لاصلاح كل ما يتعرض للفساد.

في الخطوة الثانية: امر سبحانه وتعالى الزوج بهجر زوجته في المضاجع، فقال: ﴿واهجروهن في المضاجع﴾ ومن البدهي ان المضجع موضع الاغراء وهجره عقاب نفسي تعزيري يتخذه الزوج لتنبيه زوجته على انها ستُلاقي مصير الحرمان من مضجعها الذي يُمثل قمة علاقة الزوجية في المودة والرحمة والسكينة، لكن التربية الاخلاقية الإسلامية تأمر الزوج بأن يلتزم بالآتي:

أ- ان لا يكون الهجر الا في مكان خلوة الزوجين.

ب- ان لا يهجرها امام الاطفال حتى لا يؤثر ذلك على سلوكهم ويورث في نفوسهم الشر والفساد.

---

[1] - سورة النساء/٣٤

جـ - ان لا يكون هجرا امام الغرباء يُذل الزوجة ويُقلل من شأنها فتزداد نشوزا، لان المقصود علاج النشوز لا اذلال الزوجة ولا افساد الاطفال.

وفي **الخطوة الثالثة** امر القرآن الزوج بضرب زوجته ضربا لا يُكسر العظم ولا يُجرح الجلد، اذا كانت الجريمة الاخلاقية التي ارتكبتها الزوجة تقتضي ذلك، لان الزوج في هذه الحالة امام ثلاثة خيارات:

ا- اما ان يعاقب بنفسه الزوجة كما ذُكر.

ب- واما ان يرفع القضية الى القضاء وفي هذا الاختيار إساءة لسمعة عائلة الزوجين وتحطيم لمستقبل الزوجة.

جـ - او يطلق الزوجة ويُحطم الكيان الزوجي ويُشرد الاولاد وغير ذلك من الاثار السلبية للطلاق، وقد يزعم البعض ان اسلوب الضرب ليس اختيارا حكيما، وجواب هذا الزعم هو ان الضرب ليس معركة بين الزوج والزوجة حسب التقاليد السيئة، وانما مجرد تهديد لزجر الزوجة وعدم تكرار الخطيئة، ويدل على هذه الحقيقة اقوال الرسول ﷺ ومنها: (لايجلد احدكم امرأته جلد عبد ثم يُجامعها في آخر اليوم)[1] ومنها قوله (لايضرب الا اشراركم).[2]

٤- حق الزوج على زوجته في الانفاق عليه اذا كان الزوج فقيرا وعاجزا عن العمل والزوجة متمكنة من الناحية المالية، لقوله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلاَدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لاَ تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلاَّ وُسْعَهَا لاَ تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلاَ مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ﴾[3].

في هذه الأية فرض سبحانه وتعالى على والد الطفل نفقة وكسوة المرضعة عينا او نقدا، عوضا عن قيامها بارضاع الطفل وحضانته، وفي حالة غياب الاب بوفاة او فقر، يكون المسؤول عن هذا الانفاق وارث الطفل، فربط بين الانفاق والميراث فقال: ﴿وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ﴾ وهذا يدل على ان مسؤولية الإنسان عن الانفاق على

---

[1] – ينظر صحيح البخارى في فتح البارى/٢٦/٩/٣٠٢.
[2] – الشوكاني في نيل الاوطار ٦/٢٣٨.
[3] –سورة البقرة /٢٢٣.

الغير مبنية على اساس انه وارث له، وبما ان الزوجة وارثة لزوجها اذا مات قبلها فتجب عليها نفقته اذا كانت غنية وهو فقير.[1]

٥- ان لا تأبى زوجته اذا دعاها الزوج الى المعاشرة الزوجية ما لم يكن لها عذر مشروع ككونها في العادة الشهرية، لأن الرسول ﷺ نهى عن هذا الاباء في احاديث كثيرة منها قوله (ما من رجل يدعو امرأته الى فراشها فتأبى عليه الا كان الذي في السماء (أي الله) ساخطا عليها حتى يرضى عنها).[2]

---

١ – المحلى لابن حزم الظاهري ١٠/٩٢.

٢ – صحيح مسلم ٢/١٠٦٠.

المبحث الثالث

الحقوق الزوجية المشتركة

قال سبحانه وتعالى: ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾[١] اي للنساء حقوق تُقابلها التزامات، فموضوع التزامات الزوج حقوق الزوجة، كما أن موضوع التزامات الزوجة حقوق الزوج، وقد سبق في المبحث الاول حقوق الزوجة الخاصة على زوجها، وفي المبحث الثاني حقوق الزوج الخاصة به على زوجته، وفي هذا المبحث نتناول حقوقا يتمتع بها كل من الطرفين في وقت واحد، لذا سُميت الحقوق المشتركة، واكثر هذه الحقوق تكون معنوية غير مادية ومن أهمها ما يأتي:-

حق تمتع كل من الزوجين بالاخر، فهي تشمل هذه الحقوق:

١- **المعاشرة الجنسية** التي يتلذذ بها كل من الزوجين، لأن لكل منهما الغريزة الجنسية الطبيعية، لذا حرم القرآن هجر الزوج لزوجته اكثر من أربعة اشهر، فقال سبحانه وتعالى: ﴿لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِنْ فَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ، وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾.[٢]

وكذلك فرض الشرع الإسلامي على الزوجة المطاوعة لزوجها كلما رغب الزوج في الاتصال الزوجي بها، اذا لم يكن لها عذر شرعي مانع ككونها في الحيض، حيث حرّم القرآن المعاشرة الزوجية اثناء قيام العادة الشرعية (الحيض)، فقال سبحانه وتعالى: ﴿وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْمَحِيضِ قُلْ هُوَ أَذًى فَاعْتَزِلُوا النِّسَاءَ فِي الْمَحِيضِ وَلَا تَقْرَبُوهُنَّ حَتَّى يَطْهُرْنَ فَإِذَا تَطَهَّرْنَ فَأْتُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ أَمَرَكُمُ اللَّهُ).[٣]

٢- **الحب المتبادل والاحترام المتقابل والسكينة والمودة والرحمة** التي هي من أهم اثار علاقة الزوجية، كما قال سبحانه وتعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾.[٤]

---

[١] – سورة البقرة/٢٢٨

[٢] – سورة البقرة /٢٢٧

[٣] –سورة البقرة/٢٢٢

[٤] – سورة الروم/٢١

٣- **حق التـوارث:** علاقة الزوجية سبب من اسباب الميراث، فلكـل زوج حـق الميراث في تركة الاخر اذا توفى قبله ولوكان الوفاة قبل الدخول، وقد نص القرآن الكـريم علـى ذلك في قوله تعالى: ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُنَّ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمُ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْنَ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِينَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ وَلَهُنَّ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْتُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَكُمْ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثُّمُنُ مِمَّا تَرَكْتُمْ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ تُوصُونَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ)[١]. وجدير بالذكر ان الزوجة التي تساهم في تكوين تركة زوجهـا بان تكون موظفة او تمارس اعمالا تجارية او صناعية ار زراعية او نحو ذلك مع زوجها يجب قبل توزيع تركة الزوج اخراج ما يخصها من التركة على ان يثبت ذلـك ويقـدر مقدار ما تستحقه عن طريق تلك المساهمة بالبينة او العرف او بتقدير اهل الخبرة لان ما تخص الزوجة من التركة من قبيل الدين المتعلق بها واخراج الـدين يجب ان يسبق توزيع التركة، والولد يشمل الذكر والانثى.

٤ –**حق كل من الابوين في النفقة** على اولادهما بالتساوي اذا كانا فقيرين كما يأتي تفصيل ذلك في الفصل القادم الأخير.

٥- **حق الولايـة** يجب ان تتولى الام ولاية القاصر بعد وفـاة الأب ار في غيابـه او فقـدان اهليته، لانها احق بذلك من الجد والاخوة وسائر العصبات خلافا لما عليه اكثـر الاراء الفقهية في الفقه الإسلامي، لانه ثبت للقضاء العراقي ان الام اولى مـن غيرهـا بعـد الاب، لان العصبات يظلمون القاصر ويأكلون اموالهم بغير حق.

٦- لكل من الزوجين حق التربيـة والتأديب والتوعية والتعليم على حـد سـواء بالنسـبة لأولادهما.

٧- **حق المصاهرة:**- من الحقوق المشتركة بين الزوجين حق صلة المصاهرة التي هي لا تقل أهمية مـن أهميـة القرابـة في تقويـة العلاقـات الاجتماعيـة والتعـاون والتكافـل والتضامن والتوادد.

فيحرم على الزوج اصول زوجته وان صعدوا وفروعها وان نزلوا، كما يحرم على الزوجة اصول وفروع زوجها، ومن الآيات الدالة على هذا التحـريم قولـه تعـالى: (وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ [٢]وَرَبَائِبُكُمُ اللاَّتِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمُ اللاَّتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَإِنْ لَمْ

---

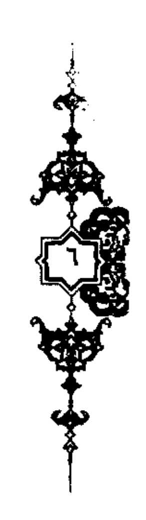
[١] –سورة النساء/١٢.

[٢] – اي حرمت عليكم امهات نسائكم الى آخره.

تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْكُمْ وَحَلاَئِلُ أَبْنَائِكُمْ الَّذِينَ مِنْ أَصْلاَبِكُمْ وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الأُخْتَيْنِ إلاَّ مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ غَفُورًا رَحِيمًـا)[1]. وجـدير بالـذكر ان مــن تزوج بنتا تَحرُم عليه أمها بمجرد عقد الزواج، لكن مــن تــزوج ام البنــت فــلا تحــرم البنت اذا حصلت الفرقة بينهما قبـل الـدخول، وحكمـة ذلـك ان البنــت تحتــاج الى مساعدة الام في شؤون زواجها فاراد الله ان يُصبح الزوج بمثابة ابن لهــا بمجــرد عقــد الزواج، بخلاف عكس ذلك فالام لا تحتاج الى بنتها لخبرتها السابقة.

---

[1] – سورة النساء /٢٣.

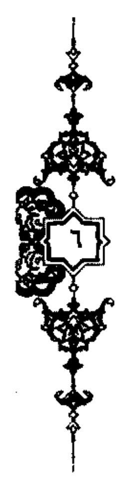


الفصل السادس

النفقة النَسبية

المراد بالنفقة النسبية نفقة الاصول والفروع والحواشي التي يكون سببها الشرعي والقانوني النسب الشرعي بينهم.

وتوزع دراسة هذا الموضوع على مبحثين يُخصص الاول للنسب والثاني للنفقة النسبية.



المبحث الأول
النسب وسُبل إثباته

أساس النسب الحمل والولادة، لا خلاف بين فقهاء الشريعة والمختصين في الطب الحديث أن أقل مدة الحمل ستة أشهر، فمن ولد في أقل من هذه المدة لا يثبُت نسبه بالنسبة لمن يدعيه على أساس الزواج.

ومصدر تحديد هذه المدة مجموع آيتين واردتين في القرآن الكريم وهما قوله تعالى: ﴿وَوَصَّيْنَا الإِنسَانَ بِوَالِدَيْهِ إِحْسَانًا حَمَلَتْهُ أُمُّهُ كُرْهًا وَوَضَعَتْهُ كُرْهًا وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلاثُونَ شَهْرًا﴾[١] وقوله تعالى: ﴿وَوَصَّيْنَا الإِنسَانَ بِوَالِدَيْهِ حَمَلَتْهُ أُمُّهُ وَهْنًا عَلَى وَهْنٍ وَفِصَالُهُ فِي عَامَيْنِ أَنْ اشْكُرْ لِي وَلِوَالِدَيْكَ إِلَيَّ الْمَصِيرُ﴾[٢]

فالآية الاولى قدّرت مدة الحمل والفصال بثلاثين شهرا والثانية حدّدت الفصال (الفطام) بعامين. وباخراج المدة الثانية من الاولى يبقى للحمل ستة أشهر من تأريخ الزواج وإمكان التلاقي والدخول، وهذا مما لم يختلف فيه فقهاء الشريعة وأثبت العلم الحديث صحته، غير أن الحد الاقصى للحمل أي لمدة بقاء الجنين في بطن أمه بعد تكونه وقبل الولادة إختلف في تحديده فقهاء الشريعة.[٣]

طرق إثبات النسب:

لاثبات النسب ثلاث طرق وهي الفراش (قيام الزوجية)، والاقرار، والبيّنة.

أولا:- الفراش (قيام الزوجية):-

والمراد به في هذا الموضوع هو الزوجية الصحيحة القائمة بين الرجل والمرأة عند إبتداء حملها بالولد.

١- سورة الاحقاف / ٤٦.

٢- سورة لقمان/ ١٤

٣- قال الظاهرية أقصى مدة الحمل تسعة أشهر بناءً على الغالب (المحلى/١٠/٣١٦)، وقال بعض فقهاء المالكية أقصاها سنة قمرية وهذا ماأقره الطب الحديث ويتفق مع رأي بعض فقهاء الشيعة الامامية. اللمعة الدمشقية ٥/٤٣٢، وقال الحنفية أقصاها سنتان وقال الشافعية أقصاها أربع سنوات.

شروط ثبوت النسب بالفراش:-

١-إمكان حمل الزوجة من زوجها بأن يكون الزوج ممن يتـأتى منـه الحمـل بـأن يكـون بالغا أو مراهقا في الاقل، فلو كان دون هذا العمر لا تُعتبر هذه الطريقة قائمة، لأنه لا يُتصور أن تحمل منه زوجته.

٢-إمكان التلاقي بين الزوجين عادة بعد العقد، لأن العقد أصل الاتصال بين الـزوجين هو السبب الحقيقي للحمل، فلو انتفى إمكان هذا التلاقى عادة وأتـت بولـد بعـد مضي ستة أشهر من تأريخ الزواج لا يثبت نسبه منه.

٣-امكان الدخول بأن لا يوجد في أحد الزوجين مانع من موانع الدخول ككـون الـزوج غائبا بعد الزواج وقبل الدخول أو كونه صغيرا أو نحو ذلك.

٤-أن تلد الزوجة لستة أشهر مضت على العقد من تأريخ إنشائه، فلو أتت بـه لأقـل من ذلك لا يثبُت نسبه الاّ إذا أدعاه ولم يُصرح بأنه من الزنى ويكون ثبوت النسب في هذه الحالة بالاقرار لا بالفراش.

٥-أن تلد في مدة لا تزيد عن أقصى مدة الحمل التي حـددها العلـم والطـب الحـديث وأقرّه بعض فقهاء الشريعة كما ذكرنا، فاذا وضعت الطفلـة بعـد سـنة مـن تـاريخ الزواج وامكان التلاقى والدخول لا يثبت نسبه.

فاذا تخلف شرط من هذه الشروط لا يثبت النسب.

ثبوت النسب بالدخول في الزواج الفاسد:-

يثبت النسب بالدخول (لا بالزواج) اذا ثبت أن الـزواج فاسـد بـأن كـان بـدون حضـور شاهدين على الرأى الراجح في الفقه الإسلامي أو كان الزواج قبل إنتهاء عدة المـدخول بهـا من فرقةٍ سابقة من زواج سابق وذلك لوجود الشبهة بالعقد.

ثانيا : ثبوت النسب بالاقرار:

والمقصود بالاقرار بالنسب إخبار شخص بقيام القرابة بينه وبين شخص أخر وهو نوعان:-

أحدهما: قرابة مباشرة: وهي صلة بين الاصول والفـروع بدرجـة واحـدة كـالبنوة والابـوة والامومـة.

والثانية: قرابة غير مباشرة: وهي قرابة الحواشـي الـذين يجمعهـم أصـل مشـترك دون ان يكون احدهما فرعا للاخر كالأخوة والعمومة.

ويعد ايضا من القرابة غير المباشرة قرابة الاصول والفروع اذا لم تكن مـن الدرجة الاولى كالاجداد والاحفاد.

شروط ثبوت النسب بالاقرار:-

١-ان يكون المُقَر له بالبنوة مجهول النسب، بأن لا يكـون لـه أب معـروف، أمـا اذا عُرف له الاب فالاقرار يكون باطلا.

٢-ان يكون المُقَر له بالبنوة مما يولد من مثل المُقِر بأن يكون بينهما فرق من السـن يحتمل ذلك.

٣-أن يُصدق المُقَر له المُقِرَ اذا كان مميزا، لأن الاقـرار حجـة قاصـرة علـى المقـر فـلا يتعدى الى غيره إلا ببينة أو تصديق من هذا الغير.

٤-أن لا يُصرح المُقِر بان الولد المُقَر له من الزنى.

الاقرار بالابوة والامومة:-

يصح إقرار شخص بالغ عاقل بأبوة شخص معين كأن يقول هـذا أبـي أو بأمومـة إمـرأة معينة كان يقول هذه أمي اذا توافرت الشروط الأتية:-

١-ان يكون المُقِر مجهول الاب في حالة الاقرار بالأبوة ومجهول الام في الاقرار بالامومة.

٢-ان يولد مثله لمثل المقر منهما.

٣-ان يُصدقه المُقَر له مطلقا، لأن المفروض ان كل واحد منهما قد بلغ من العمـر حـداً يصلح ان يكون أبا أو أما، لذا يكون تصديقهما ضروريا لثبوت هذا النسب.

الفرق بين الاقرار بالبنوة والتبني:

بالاقرار بالبنوة إعتراف بنسب حقيقي لشخص مجهول النسب وهو يعترف ببنوة نشأت من التلاقي بين حيمنه وبُيَيضة أنثى.

والتبنى استلحاق شخص ولدا (ذكرا أو انثى) معروف النسـب لغـيره أو مجهـول النسـب كاللقيط مع التصريح بأنه يتخذه ولدا، في حين أنه ليس بولده في الحقيقة والواقع.

وهذه الطريقة كانت موجودة قبل الإسـلام ومـا زالـت موجـودة في بعـض الـبلاد غـير الإسلامـية مثل فرنسا.

ثم جاء الإسلام فألغاها لما فيه مـن مفاسـد ومحـاذير، قـال سـبحانه وتعـالى في القـرآن الكريم: ﴿وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ ذَلِكُمْ قَوْلُكُمْ بِأَفْوَاهِكُمْ وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُـوَ يَهْـدِي

السَّبِيلَ، ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَلَكِنْ مَا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ وَكَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَحِيمًا﴾.[١]

وحكمة تحريم التبني إستبعاد للمفاسد الآتية:-

١. كذب وافتراء على الله.
٢. إتيان بشخص غير محرم وإدخاله في الأسرة كواحد منهم زورا.
٣. الاختلاط غير المشروع بينه وبين أفراد الأسرة من الذكور والاناث ولا يُنكر ان إيواء اليتيم أو اليتيمة عمل مُحبَّذ وفيه أجر كبير عندالله لمن يقوم بتأمين عيش هذا اليتيم أو هذه اليتيمة، لكن بعد دخوله في سن البلوغ يجب إما عزله أو جعله محرما عن طريق المصاهرة، فاذا كان الشخص المتبنى بنتا يُزوجها من أحد أولاده وان كان ذكرا يُزوجه إحدى بناته أو تُرضعه الأم في الأسرة على أن لا يزيد عمره عن سنتين، واذا لم يمكن كل من ذلك يجب عزله.

ومن المؤسف أن القضاء العراقي يورثه إذا سُجل كأحد أولاد المتوفى في دائرة الأحوال المدنية، وهذا الصنيع قد يكون سببا لحرمان الورثة الشرعيين بهذا الوارث غير الشرعي..

ثالثا: ثبوت النسب بالبينة:

كما يثبت النسب شرعا وقانونا بقيام الزوجية والاقرار، كذلك يثبت بالبينة وهي أقوى من الاقرار لانها حجة متعدية الى الغير والاقرار حجة قاصرة تقتصر آثاره على المُقِر وعلى هذا الاساس اذا تعارض الاقرار والبينة تُقدَم البينة عليه.

وهذه البينة تتحق بشهادة رجلين أو رجل وأمرأتين على الرأي الراجح وجدير بالذكر ان هذه الطرق الثلاث ليست في مرتبة واحدة من حيث القوة والاثر، لأن الفراش (قيام الزوجية) سبب حقيقي لاثبات النسب وهو مُنشيء له، أما الاقرار والبينة فهما سببان ظاهريان يدل كل منهما على وجود السبب الحقيقي (الفراش).[٢]

---

[١]- سورة الاحزاب/٤،٥.

[٢]- ينظر أحكام الأسرة في الاسلام دراسة مقارنة للاستاذ محمد مصطفى شلبي /ص٦٧٧ ومايليها.

موقف القانون من إثبات النسب:-

نصت المادة (٥١) من قانون الأحوال الشخصية العراقي القائم بالنسبة لثبوت النسب بالزوجية على انه (يُنسب ولد كل زوجة الى زوجها بالشرطين التاليين:-

١- ان يمضي على مدة الزواج أقل مدة الحمل.[1]

٢- ان يكون التلاقي بين الزوجين ممكنا.

وكان المفروض ان يُضيف المشرع اليهما شرطين أخرين وهما:

١- ان يكون الدخول ممكناً.

٢- ان لا تزيد مدة الحمل على أكثر من سنة.

ونصت المادة (٥٢) في اثبات النسب بالاقرار على ان:

١-الاقرار بالبنوة ولو في مرض الموت لمجهول النسب يثبت به نسب المُقَر له اذا كان يولد مثله لمثله.

٢-اذا كان المُقِر امرأة متزوجة أو معتدة، فلا يثبت نسب الولد من زوجها الا بتصديقه أو بالبيّنة.

وبالنسبة لاقرار الولد بأبوة رجل أو أمومة امرأة، فنصت المادة(٥٣) على ان (إقرار مجهول النسب بالأبوة[2] أو بالأمومة[3] يثبت به النسب إذا صدّق المُقَر له وكان يولد مثله لمثله) أي فارق العمر بين المقر والمقر له يجب أن يتناسب مع هذا الاقرار، وشرط التصديق مبنى على أساس ان المقر له بالغ عاقل، فلا يكفي مجرد الاقرار ما لم يقترن به التصديق.

وبالنسبة للاقرار بالنسب من غير الاصول والفروع أي الاقرار بالحواشي كالاقرار بالاخوة او العمومة، نصت المادة (٥٤) على أن (الاقرار بالنسب في غير البنوة والابوة والامومة لا يسري على غير المُقِر الا بتصديقه)، وكان المفروض ان يُضيف المُشَرع الى هذا التصديق من يكون على حسابه، فمن أقر باخوة شخص ذكر أو انثى وكان له إخوة وأخوات بالزوجية، بعد وفاة المورث فلا يرث الا من حصة المُقِر، ما لم يُصدقه سائر الورثة أو يثبت بالبينة، وكذا من أقر بزوجية امرأة لوالده المتوفى فلا ترث الا من حصة المُقِر ما لم يُصدقه الورثة او تُؤيده البيّنة.

---

[1]- أي ستة أشهر.

[2]-كأن يقول لرجل وهومجهول الاب هذا أبي

[3]- وكأن يقول لامرأة وهو مجهول الام هذه أمي.

المبحث الثاني
نفقة الاصول والفروع والحواشي

وجوب نفقة هذه الاصناف الثلاثة سببه النسب (القرابة النسبية)، وقد اختلف فقهاء الشريعة في تفصيلات ميراث هذه الاصناف، وأحاول أن أجنب هذا الاختلاف والأخذ بما هو أقرب الى القبول والعدالة، وبما يدل عليه ظاهر القرآن من العمل بمقتضى عمومه وبما تبنّاه فقهاء الظاهرية والحنابلة من الأخذ بعموم قوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ﴾ حيث ربط القرآن النفقة بالميراث والوارث اسم فاعل محلى بال الاستغراق، وأعطانا قاعدة كلية وهي ان كل من يرث من تركة شخص أخر يجب عليه نفقة هذا المُورَث اذا كان فقيرا عاجزا عن العمل وكان هذا الوارث متمكنا ماليا أو قادرا على الكسب، فقال سبحانه وتعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلاَدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لاَ تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلاَّ وُسْعَهَا لاَ تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلاَ مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ﴾.[1]

ولم يُفرق القرآن في هذه الاية في بناء النفقة على الميراث بين الذكر والانثى ولا بين القريب المحرم والقريب غير المحرم. وفي ضوء هذا العموم تقول القاعدة الشرعية العامة (الغُرم بالغُنم أو الغُنم بالغُرم)، فانفاق القريب على قريبه غُرم وميراث المنفق من مال المنفق عليه غُنم.

القواعد التي تجب رعايتها في النفقة النسبية:

١- الاصل ان نفقة كل شخص تكون على نفسه الا نفقة الزوجة على زوجها.
٢- لا تجب النفقة لاحد من الاصول والفروع والاقارب الاخرين الا عند الحاجة.
٣- لا تجب النفقة النسبية مع اختلاف الدين بين المنفق والمنفق عليه الا بالنسبة للاصول والفروع والزوجات.
٤- ينفرد الاب بالانفاق على ولده ولا يشاركه أحد، كما ينفرد الولد واحدا كان أو أكثر بالانفاق على أبويه ولا يُشاركه أحد، شأنها شأن انفاق الزوج على زوجته.

---
[1] سورة البقرة /٢٣٣.

٥- نفقة الاقارب تُقدر على الكفاية، لأنها لا تجب الا عند الحاجة، فلا يجب أكثر من سد الحاجة، كما في نفقة الاولاد في حالة كون الاب مُعسرا. وفي حالة يساره يُقدره القاضي على ان يأخذ بنظر الاعتبار حال المنفق والمنفق عليه.

٦- نفقة الاصول والفروع لا يتوقف وجوب ادائها على حكم قضائي أو اتفاق رضائي، فهي واجبة تلقائيا شأنها شأن نفقة الزوجة بخلاف نفقة غيرهم، فان اداءها غير واجب الا بعد اتفاق رضائي أو حكم قضائي، وفي جميع الأحوال اذا وجبت النفقة وأمتنع المسؤول عنها عن ادائها تتراكم في ذمته ولا تسقط الا بالاداء أو الابراء، شأنها شأن أى دين عادي.

٧- ولا يُقضى بالنفقة من مال الغائب أو المفقود الا للزوجة والاصول والفروع.[1]

شروط وجوب نفقة الفرع على الأصل:-

١-ان لا يكون للفرع مال خاص صغيرا كان أم كبيرا ذكرا أم انثى.

٢-ان يكون الفرع عاجزا عن الكسب او يكون طالب علم أو أنثى غير متزوجة، فهي لا تُكلف بالعمل رغم قدرتها عليه ما لم تكن موظفة لها مرتب يكفي لنفقتها.

٣-ان يكون الاصل قادرا على الكسب ولو لم يكن غنيا، لان الولد المحتاج نفقته واجبة على أبيه وحده.

أما اذا كان الاب مُعسرا غير قادر على العمل وكانت الام موسرة تجب عليها نفقة ولدها وتكون دينا على الاب ترجع به عليه اذا أيسر، وكذا تجب النفقة على الأم المتمكنة ماليا اذا كان الاب غائبا ولم يمكن استيفاء النفقة من ماله الحاضر أو الغائب.

واذا كان الاب والام مُعسرين غير قادرين على العمل وجبت نفقتهما على وارثهما، كما نصّ على ذلك قوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ﴾، وتتراكم النفقة في ذمة من وجبت عليه دينا اذا امتنع عن أدائها ويجوز إجباره على الانفاق عن طريق القضاء.

ومادام الميراث أساسا لوجوب النفقة، تكون نسبة النفقة كنسبة الميراث، فمن له أخ و أخت يجب ثلث النفقة على الاخت وثلثاها على الاخ، لان ميراثه على تقدير وفاته قبلهما وترك مال يكون للذكر مثل حظ الانثيين واذا كان الورثة من ذوى الارحام وهم ماعدا

---

[1]- ينظر الاحوال الشخصية في التشريع الاسلامي للدكتور أحمد الغندور/ص٦١٥ ومايليها.

أصحاب الفروض والعصبات، تكون النفقة واجبة على أقربهم لانـه يحجـب مـا عـداه مـن الميراث، فان تساووا في درجة القرابة فالنفقة تجب عليهم بالسوية كميراثهم منه.

شروط نفقة الاصول على الفروع:-

١- ان يكون الاصل فقيرا ولا يشترط عجزه عن الكسب إحترامـا لـه لان في حمله علـى الكسب مع غنى الفرع لا يليق بمكانة الابوين لما في ذلك مـن الايـذاء الـذي حرمـه القران في قوله تعالى: ﴿وَقَضَى رَبُّكَ أَلاَّ تَعْبُدُواْ إِلاَّ إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَاناً إِمَّا يَـبْلُغَنَّ عِندَكَ الْكِبَرَ أَحَدُهُمَا أَوْ كِلاَهُمَا فَلاَ تَقُـل لَّهُمَـا أُفٍّ وَلاَ تَنْهَرْهُمَـا وَقُـل لَّهُمَـا قَـوْلاً كَرِيماً﴾.[1] ثم ان الإسلام اعتبر مال الولد مالا لابيه على لسان رسوله ﷺ حيث قـال لأحد أولاد أصحابه (أنت ومالك لابيك)[2] والام كالاب في ذلك.

٢- ان يكون الفرع قادرا على الكسب ولا يشترط يساره، فمتى كان كسب الفـرع زائـدا على حاجته تجب عليه نفقة أصله قضاءً وديانة ذكـرا كـان الولـد أم أنثـى احترامـا للأصل وبرًا به فتجب على الولد الموسر ذكرا أم أنثى نفقة والديه وأجداده وجداته إذا كانوا من الفقراء وإن خالفوه في الدين أو كانوا قادرين على الكسب.

وعند تعدد الاولاد تكون النفقة على الكل بحسب يسارهم وان كان كسب الابن لا يزيـد عن حاجته وحاجة زوجته وأولاده يُضم أصله الى أولاده ليعيش معهم وتسـرى هـذه الاحكـام على الأم أيضا.

خلاصة النفقة بالنسبة للاصول والفروع:

١- اذا لم يكن للأصل إلا فرع واحد تجب عليه نفقته.

٢- واذا تعدد الفرع ولكن لم يكونوا في درجة واحدة من القرابة، تجـب النفقـة علـى أقربهم ذكرا كان أم انثى، فمن له بنت و إبن إبـن تكـون النفقـة علـى البنـت وحدها رغم أنها لا تحجب إبن الابن من الميراث حيث لها النصف والبـاقي لابـن الابن، وعلى رأي من يقول بان نسبة النفقة كنسبة الميراث تكون النفقة مناصفة

---

[1] سورة الاسراء /٢٣.

[2] سنن ابي دلود /٢٨٩/٣ كتاب الايمان والنذور بـاب مـن يأكـل مـال ولـده رقـم الحـديث ٣٥٣٠. السـنن الكبرى للبيهقي ٤٨٢/٧ كتاب جماع ابواب النفقة على الاقارب باب نفقة الابوين رقم الحديث ١٥٥٣٢.

بين البنت وأبن الابن، وهذا ما نرجحه لأن القران بنى النفقة على أساس الميراث وهذا يستلزم بناء نسبة النفقة على نسبة الميراث.

٣- وإذا كان الفروع إناثا فقط أو ذكورا في درجة واحدة تجب النفقة على الكل بالتساوي، وإن كانوا ذكورا وإناثا في درجة واحدة كالبنين والبنات تكون النفقة أثلاثا ثلثاها على الذكور وثلثها على الاناث على الرأي الراجح الذاهب الى أن نسبة النفقة تكون كنسبة الميراث، أما على رأى من يقول بخلاف ذلك تكون النفقة واجبة على الكل بالتساوى بغض النظر عن الذكورة والانوثة، والاتجاه الاول هو الصائب كما ذكرنا.

موقف القانون[1] من النفقة النسبية :-

تولت المواد الاتية بيان أحكام النفقة النسبية:-

المادة (٥٩)

١-اذا لم يكن للولد مال فنفقته على أبيه ما لم يكن فقيرا عاجزا عن النفقة والكسب.

٢-تستمر نفقة الاولاد الى أن تتزوج الانثى ويصل الذكر الى الحد الذي يتكسب فيه امثاله ما لم يكن طالب علم.

٣-الابن الكبير العاجز عن الكسب بحكم الابن الصغير.

المادة (٦٠)

١- اذا كان الاب عاجزا عن النفقة يُكلف بنفقة الولد من تجب عليه عند عدم الاب.

٢- تكون هذه النفقة دينا على الاب، وللمنفق ان يرجع بها عليه اذا أيسر.

المادة(٦١)

يجب على الولد الموسر كبيرا كان أو صغيرا نفقة والديه الفقيرين ولو كانا قادرين على الكسب ما لم يظهر الاب اصراره على اختيار البطالة.

المادة(٦٢)

تجب نفقة كل فقير عاجز عن الكسب على من يرثه من أقاربه الموسرين بقدر إرثه منه.

[1]- ومرادنا هو قانون الاحوال الشخصية العراقي القائم رقمم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩

المادة (٦٣)

يقضى بنفقة الاقارب من تاريخ الادعاء.

وما جاء في هذه المواد من إحكام النفقــة النســبية موافــق للــرأي الــراجع في الشــريعة الإسلامية.

لكن يلاحظ على ما جاء في المادة الاخيرة من ثبوت نفقة الاقــارب إعتبــارا مــن تــأريخ إقامة الدعوى، من وجهة نظرنا ان هذا مخالف لروح الشريعة الإسلامية والعدالة، لان ســبب وجوب النفقة قائم قبل رفع الدعوى فالمفروض ان يتحقق المسبب كلمــا تحقــق ســببه، وبنــاء على ذلك أقترح تعديل هذه المادة بالاتي:-

(يُقضي بنفقة الاقارب من تأريخ ثبوت سببها كما في النفقة الزوجية).

القسم الثاني

أحكام الطلاق في الفقه الإسلام المقارن

(دراسة مقارنة بالقانون)

المقدمة

اري من الضروري في هذه المقدمة استعراض النقاط التذكيرية الاتية، امتثالا لامـر الله: ﴿وَذَكِّرْ فَإِنَّ الذِّكْرَى تَنفَعُ الْمُؤْمِنِينَ﴾:[١]

١- المراة نصف المجتمع فهي ام وبنت واخت وزوجة.

٢- المراة ليست بضاعة تُباع وتُشترى وثمنها مهرها كما يزعم الاعداء. بل هي اثمن من ان تُثمن بالثمن.

٣- الزواج ليس عقدا تكون الزوجة محلا له ويكون المهر بدلا لها، وانما هو ميثـاق غليظ[٢] وشركة روحية رأس مالها الحـب المتبـادل والاحـترام المتقابـل وربحهـا انجاب جيل جديد صالح.

٤- الزوجة ليست تحت رحمة الزوج ان شـاء امسـكها وان شـاء طلقهـا، فـالطلاق ابغض الحلال عند الله، وانما شرع للضرورة والضرورات تقدر بقدرها.

٥- الإسلام يأبى ان ينهار على الزوجين والاولاد بلحظة واحدة بناء استغرق اكماله سنوات بكلفة باهظة.

٦- على القاضي والمفـتي ان يميـز بـين الشـريعة الإسـلامية والفقـه الإسـلامي. فالشريعة عبارة عن القران والسنة النبوية الثابتة، فعلى كل انسان ان يتقيد بها عقيـدة وعمـلا امـا الفقـه الإسـلامي فهـو شـروح لنصـوص الشـريعة واجتهادات فيما لا نص فيه وكل مجتهد كما يكون مصيبا يكون مخطئا.[٣]

٧- على القاضي والمفتي ان لا يتقيد بمذهب معين بل عليه ان يأخذ برأي مـذهب يكون اصلح للاسرة وبقائها، بمقتضى قوله وتعالى: ﴿يُرِيدُ اللّهُ بِكُمُ الْيُسْـرَ وَلاَ يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ﴾.[٤]

---

[١] سورة الذاريات / ٥٥

[٢] قال تعالى (واخذن منكم ميثاقا غليظا)سورة النساء / ٢١

[٣] يراجع مؤلفنا / مجموعة الابحاث العلمية / الصفحات ٧٣-٧٥، ٩٨-١٠١، ١٦١-١٦٣

[٤] سورة البقرة / ١٨٥

٨- التقيد بمذهب معين مخالف للقران الكريم، قال سبحانه وتعالى: ﴿فَاسْأَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لاَ تَعْلَمُونَ﴾[١] ولم يقل اسألوا ابا حنيفة او الشافعي او غيرهما من ائمة المذاهب الفقهية، فالتقيد بمذهب معين في كل صغيرة وكبيرة مدى الحياة خطأ لا يُغتفر، وتقديس أي مجتهد يأباه الإسلام لأنه شرك، فالتقديس لا يكون إلا لذات الله، كما جاء هذا الحصر في قوله تعالى: ﴿هُوَ اللَّهُ الَّذِي لاَ إِلَهَ إلاَّ هُوَ الْمَلِكُ الْقُدُّوسُ﴾.[٢]

٩- المذهبية ليست عقيدة يعتنقها المسلم مدى الحياة تنتقل من جيل الى جيل، لقد مر الإسلام بعصره الذهبي اكثر من (١٠٠) مئة سنة لم يكن هناك مذهب مدون يتقيد به المسلم.

١٠- القاعدة الاصولية تقضي بان (العامي) لا مذهب له أي من لا يكون مجتهدا لا يتقيد بمذهب معين.

١١- من القواعد الاصولية المتفق عليها ان القاضي اذا حكم برأي من اراء الفقهاء في مسألة خلافية يجب الاخذ بالرأي الذي حكم به، لأن حكم القاضي يرفع الخلاف، وكذا اذا اخذ القانون برأي من اراء الفقهاء يجب العمل بما اخذ به القانون.

١٢- على القاضي والمفتي مراجعة القرآن الكريم اولا لمعرفة حكم المسألة، فان لم يجد فيه فعليه مراجعة السنة النبوية، وان لم يجد فعليه الاجتهاد اذا كان اهلا له، والا فعليه ان يسأل اهل الذكر في عصره وفي بلده لمعرفة الحكم.

قال الرسول ﷺ لمعاذ بن جبل حين رشحه واليا لليمن ما معناه بم تحكم اذا عُرض عليك امر؟ فقال أحكم بكتاب الله، قال: فإن لم تجد في كتاب الله؟ قال: احكم بسنة رسول الله، قال: فإن لم تجد في كتاب الله ولا في سنة رسوله؟ قال: اجتهد ولا آلو (لا اقصر)، فقال الرسول ﷺ: الحمد لله الذي وفّق رسول رسول الله لما يرضي رسول الله.[٣]

---

[١] سورة النمل / الاية ٤٣

[٢] سورة الحشر / الاية ٢٣

[٣] سنن أبي داود، كتاب الأقضية، باب اجتهاد الرأي في القضاء ٣٥٩٢

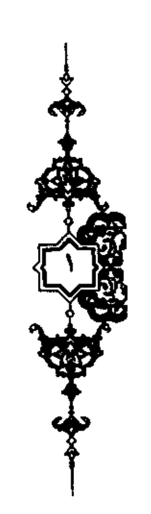
١٣- اجمع فقهاء الشريعة الإسلامية على ان كل عقد او تصرف شرعي او قانوني يكون معلقا على الشرط باطل، فكيف يُفتي بالطلاق المعلق وبوقوعه اذا تحقق الشرط المعلق عليه، في حين ان الطلاق اخطر تصرف يصدر عن الإنسان وابغض حلال عند الله!

١٤- اجمع فقهاء الشريعة الإسلامية على ان الحلف بغير الله وصفاته باطل. والباطل كالمعدوم لا يترتب عليه شيئ، فكيف يُفتى بجواز الحلف بالطلاق وترتب الاثار عليه؟

١٥- القران في تحديد الطلاق ذكر المرة ولم يذكر العدد وبينهما فرق واضح حيث يوجد الزمن بين مرة ومرة بخلاف العدد.

خطة البحث:

نوزع دراسة الطلاق واحكامه على فصول اربعة:
يُخصص الفصل الاول للتعريف بالطلاق، والثاني لمستلزمات الطلاق، والثالث للتفريق القضائي، والرابع لاثار الفرقة بالطلاق او الوفاة.



الفصل الاول

التعريف بالطلاق

التعريف بالطلاق يتطلب دراسة ثلاث نقاط:

الاولى لماهية الطلاق وانواعه

والثانية لمن يملك سلطة التطليق

والثالثة لكيفية انهاء علاقة الزوجية كما امر به القرآن.



المبحث الاول
الطلاق وانواعه

الطلاق: هو انهاء علاقة الزوجية بتعبير صريح ومتعارف من الزوج او الزوجة او منهما او من القضاء.

والتطليق: يكون من الزوج غالبا بارادته المنفردة وقد يكون من الزوجة اذا خولت به من قبل الزوج اثناء ابرام الزواج او بعده، وقد يكون باتفاق الطرفين وهذا ما يُسمى الخُلع، وقد يكون من القاضي كما في التفريق القضائي لسبب يُبرره كما ياتي تفصيل ذلك في محله.

انواع الطلاق:-

ينقسم الطلاق من حيث طبيعته الى نوعين:- رجعي وبائن.

النوع الاول: الطلاق الرجعي:

وهو كل طلاق بعد الدخول بدون مقابل مرة واحدة او مرتين.

حكم الطلاق الرجعي:

الزوجة المطلقة طلاقا رجعيا زوجة حُكمية لزوجها المطلِق قبل انتهاء عدتها مراجعتها بدون عقد جديد وتترتب على ذلك الآثار الاتية:

١- لا تُعتبر معاشرتها قبل انتهاء العدة جريمة الزنا، ونسب الولد الذي يتكون من هذه المعاشرة شرعي.
٢- تجب لها نفقة كاملة خلال مدة العدة.
٣- اذا مات احدهما قبل انتهاء العدة يرثه الاخر كما في الوفاة حالة قيام الزوجية الحقيقة.
٤- على الزوجة ان تبقى في بيت الزوجية حتى تنتهي عدتها تشجيعا على استئناف الحياة الزوجية.

قال تعالى: ﴿يَاأَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لاَ تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلاَ يَخْرُجْنَ إِلاَّ أَنْ يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ وَتِلْكَ

حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ لاَ تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا﴾.[١]

وقد اشار القران الكريم في نهاية هذه الاية: ﴿لاَ تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا﴾ أي حكمة بقاء الزوجة اثناء العدة في بيت الزوجية وهذا الامر المتوقع هو اعادة الحياة الزوجية بالرجعة.

٥- اذا طلقها اثناء العدة طلقة اخرى يلحقها الطلاق ويقع لأنها لا تزال زوجته حكما، وهذا الرأي هو أُتُّبِع في الفتوى، لكنه مُخالف للقرآن والمنطق، يقول سبحانه وتعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاء فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾[٢]، والمطلّقة لا تُطلّق ومُعتدّة الطلاق السابق لا تَعتدّ، والمنطق يقول: وبدء عدة المعتدة تحصيل الحاصل، وتحصيل الحاصل محال بإتفاق العلماء والعقلاء.

٦- للزوج قبل انتهاء العدة مراجعتها بقوله (راجعتك الى عصمتي) او نحو ذلك سواء قبلت أم لا، حيث لا يشترط رضاؤها لأنّها زوجته حكماً، لكن يُستحبّ ويجب عند بعض الفقهاء أن تكون الرجعة بحضور شاهدين، ونرى ان رضاها شرط لصحة الرجعة كحضور شاهدين، لقوله تعالى: ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوَي عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾[٣] وبرضاها لقوله تعالى: ﴿وَلاَ تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِتَعْتَدُوا﴾[٤]، وهذا ما نرجّحه لظاهر الآية، ونرى أنّ القيد يعود الى كلّ من المعطوف والمعطوف عليه، والأولى المعطوف، بناءً على القاعدة العامّة: (إذا دار القيد بين القريب والبعيد يرجع الى القريب)، وبناء على ذلك لا يُعتدّ بالطلاق إلاّ بحضور شاهدين عادلين أو الإقرار به أمامهما أو أمام القضاء. ففي الآية الأولى أمر بالإشهاد في الطلاق والرجعة، وكل أمر للوجوب، وفي الآية الثانية نهى عن الإضرار اللازم للرجعة والإمساك بدون رضاها.

ويرى بعض الفقهاء ان الزوج اذا عاشرها اثناء العدة او قبّلها يُعد ذلك رجعة، لكن الراجح هو ان يكون بالقول وبحضور شاهدين لظاهر الآية المذكورة .

---

[١] سورة الطلاق / ١

[٢] سورة الطلاق / ١.

[٣] سورة الطلاق / ٢

[٤] سورة البقرة / ٢٣١

النوع الثاني الطلاق البائن:

وهو كل طلاق قبل الدخول او بمقابل او للمرة الثالثة، وكل طلاق رجعي بعد انتهاء العدة.

فالطلاق قبل الدخول بائن لعدم وجوب العدة على الزوجة المطلقة قبل الدخول، قال تعالى: ﴿يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ[1] فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا فَمَتِّعُوهُنَّ وَسَرِّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلاً﴾.[2]

والطلاق بمقابل بائن ويُسمى خُلعا وهو الطلاق باتفاق الزوجين على عِوض تدفعه الزوجة او من ينوب عنها لزوجها مقابل ان يُطلقها ويشترط ان تكون الزوجة في هذه الحالة أهلا للتبرع اذا كانت هي الملتزمة بدفع المقابل من مالها، لأن ما يُقابله وهو الطلاق ليس بمال فيكون الدفع بمثابة التبرع.

وكذلك يجب ان لا يزيد العِوض عن ثلث تركتها اذا كان الاتفاق قد تم في حالة مرضها مرض الموت، وبخلاف ذلك تَبطُل الزيادة من العِوض.

اقسام الطلاق البائن:

ينقسم الطلاق البائن الى قسمين: بائن بينونة صغرى وبائن بينونة كبرى.

١- البائن بينونة صغرى هو ان يكون لمرة واحدة او مرتين.

وحكمه: هو ان للزوج قبل انتهاء العدة او بعده استئناف الحياة الزوجية معها بعقد جديد ورضائها ومهر جديد واذن الولي عند من يشترط ذلك كما في انشاء الزواج للمرة الاولى.

٢- البائن بينونة كبرى. وهو: كل طلاق للمرة الثالثة سواء كان بمقابل او بدونه فاذا تم استيفاء الطلقات الثلاث تترتب عليه الاحكام الاتية:

ا- عدم جواز بقاء الزوجة في بيت الزوجية لانها اصبحت بائنة مُحرمة على الزوج.

ب- عدم جواز اعادة الزوجة لا بالرجعة ولا بزواج جديد حتى تنكح زوجا غيره.

ت- للزوجة بعد انتهاء عدتها ان تختار زوجا اخر شريكا لحياتها الزوجية.

ث- يجوز لها الرجوع الى الزوج الاول بالشروط التالية:

---

[1] أي من قبل ان تدخلوا بهن

[2] سورة الاحزاب /٤٩

اولا: ان تتزوج زوجا آخر زواجا شرعيا طبيعيـا بعيـدا عـن حيلـة التحليـل، وان يدخل بها الزوج الثاني دخولا شرعيا.

ثانيا: ان تحصل الفرقة بينهما بطلاق او تفريق قضائي او وفاة.

ثالثا: ان تنتهي عدتها من هذه الفرقة.[1]

فاذا توافرت هذه الشروط جاز للزوج الاول ان يتزوجها اذا رغبا في ذلك، لأن كل منهمـا مرّ بالتجربة فلا يتكرر الخطأ الذي كان سببا للطلاق ثلاث مرات.

حكمة هذا الاجراء:

لهذا الاجراء في استئناف الحياة الزوجية بعد الطلقات الثلاث حِكم كثيرة منها ما ياتي:

١- ان الطلقة الثالثة تُعتبر نتيجة حتمية لاستفحال الخصومة بين الزوجين وفتح المجال لهما من الشارع الحكيم اكثر من ذلك (طلاق فامساك ففراق فعودة فسراح) اقـرار للعبـث واستمرار لتعاسة لا نهاية لها.

٢- تعليق زواج العودة بعد الطلقة الثالثة بالتزوج من زوج ثانٍ قيد اخـر أضـافه الشـارع الحكيم الى القيود الاخرى على الارادة في الطلاق تضييقا لدائرته.

٣- ان تجربة الزوجة مع الزوج الجديد قد تُوضح امامهـا كـل حقيقـة فتُميـز صـوابها مـن خطئها بعد مقارنتها بين الحياتين مع الزوجين. وقل مثل ذلك بالنسبة للـزوج ايضـا اذا كان الخطاء منـه.

٤- مهزلة التحكيم والتحليل: لجأ القائلون بوقوع الطلاق ثلاثا مرة واحدة الى بعض الحيـل غير الشرعية لتعويض الزوجين واولادهما عـن الحكم مـن أضـرار بسـبب هـدم بنـاء الزوجية على رؤوسهم دفعة واحدة، وفي لحظة واحدة ومن هذه الحيل التحكيم والتحليل:

---

[1] لم يكن الشرع العراقي موفقا في تعريف الطلاق الرجعي والبائن في المادة(الثانيـة والثلاثـون) مـن قـانون الاحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ حيث عرف كلا منهما بحكمه فقال الطلاق قسمان:
١- رجعي: وهو ما جاز للزوج مراجعة زوجته اثناء عدتها منه دون عقد وتثبت الرجعة بمـا يثبـت بـه الطلاق. ٢- بائن وهو قسمان أ- بينونة صغرى وهي ما جاز فيه للزوج التزوج بمطلقته بعقد جديـد. ب- بينونة كبرى وهي ما حرم فيه على الزوج التزوج من مطلقته التي طلقها ثلاثـا متفرقـات ومضـت عدتها.
والتعريف بالحكم غير صحيح لان معرفة حكم الشئ تتوقف على معرفة هذا الشئ قبل الحكم فالقاضي اذا لم يعرف مقدما كون الطلاق رجعيا فكيـف يحكم بجواز رجعتهـا بـدون عقـد جديـد وكـذلك اذا لم يعرف مقدما كون الطلاق بائنا بينونة صغرى كيف يحكم بجواز اعادة الزوجة بعقد جديد.

اولا: التحكيم:

مهزلة التحكيم هي عبارة عن الحكم ببطلان زواج شافعي المذهب الذي اوقع طلاقه ثلاثا على اساس ان شاهدي هذا الزواج لم يكونا عادلين وعدالتهما عند الشافعي شرط لصحة الزواج ثم القيام بتزويج المطلقة من زوجها المطلق مرة ثانية على مذهب ابي حنيفة لأن عدالة الشاهدين ليست شرطا لصحة الزواج عنده.

اقول لهؤلاء:

١- هل الشريعة الإسلامية من صنع الشافعي وابي حنيفة او من صنع الله وقد قال تعالى: ﴿ان الحكم الا لله﴾؟![١]

٢- الإسلام مرّ بعصره الذهبي اكثر من قرن قبل ان يُخلق الشافعي وابو حنيفة، كيف كان حال المسلمين في زواجهم وطلاقهم قبل خلق ابي حنيفة والشافعي؟

ثانيا: حيلة التحليل:

التحليل هو ان تتزوج المطلقة ثلاثا رجلا آخر بعد انتهاء عدتها بتواطئ مضمونه: ان يطلقها بعد ان يدخل بها حتى تحل للزوج الاول بعقد جديد وهذه الحيلة باطلة للاسباب الاتية:

١- التحليل عادة جاهلية شجبها الإسلام على لسان نبيه، حيث قال الرسول ﷺ (لعن الله المحلل والمحلل له).[٢]

٢- التحليل مُخالف لظاهر القرآن من اوجه متعددة منها:

أ- فيه عزم على الزواج قبل انتهاء العدة بالتواطئ، وقد قال تعالى: ﴿وَلاَ تَعْزِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّى يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ﴾.[٣]

ب- عقد وقتي يكاد يكون الطلاق فيه امرا حتميا، في حين ان ما ورد في القرآن الكريم عقد دائمي وطلاق محتمل، حيث قال تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا إِنْ ظَنَّا أَنْ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ﴾.[٤]

---

[١] سورة يوسف / الاية ٤٠

[٢] ينظر ابن ماجة رقم الحديث ١٩٢٤

[٣] سورة البقرة / ٢٣٥

[٤] سورة البقرة/٢٣٠

ولو صح التحليل لقال القرآن (واذا طلقها) لأن كلمة (إن) تُستعمل في امرٍ مشكوك فيه ولفظة (اذا) تُستعمل في الامر المحقق.

٣- تشريع الزواج انما هو لمصلحة معلومة وغاية سامية فاستعماله في التحليل استعمال في غير حقيقته الشرعية وتلاعب بآيات الله وقد قال سبحانه وتعالى: ﴿وَلاَ تَتَّخِذُوا آيَاتِ اللَّهِ هُزُوًا﴾.[١]

٤- التحليل مخالف لسنة رسول الله ﷺ للاسباب الاتية:

ورد في الترمذي والمسند من حديث ابن مسعود ﷺ قال (لعن رسول الله ﷺ المُحلل والمُحلل له) وقال اسناده حسن،[٢] وفي رواية اخرى من حديث عقبة بن عامر، قال رسول الله ﷺ (الا اخبركم بالتيس المستعار؟) قالوا بلى يا رسول الله، قال: (هو المحلل لعن الله المحلل والمحلل له).[٣]

قال ابن قيم (فهؤلاء الرواد من سادات الصحابة قد شهدوا بلعنة اصحاب التحليل وهم المحلل والمحلل له وهذا ما اخبر عن الله فهو خبر صادق).[٤]

٥- مخالف لآثار الصحابة:

أ- قال عمر بن الخطاب ﷺ: (لا اوتي بمحلل ولا محلل له الا رجمتهما).[٥]

ب- قال علي بن ابي طالب ﷺ: (لا ترجعوا اليه الا بنكاح رغبة غير دلسة ولا استهزاء بكتاب الله).[٦]

٦- مخالف لاراء التابعين:

قال عبدالرزاق: اخبرنا ابن جريج قال: قلت لعطاء فطلق المحلل فراجعها زوجها، قال يُفرَّق بينهما، وقال بكر بن عبدالله المزني: اولئك يُسمون في الجاهلية التيس المستعار.[٧]

٧- مخالف لاراء تابعي التابعين: قال اسحاق لا يحل ان يمسكها لان المحلل لم تتم

---

[١] سورة البقرة / اية ٢٣١

[٢] ابن ماجة رقم ٩٢٤

[٣] ابن ماجة رقم ١٩٢٦

[٤] اغاثة اللهفان لابن قيم الجوزية ٢٨٥/١

[٥] المرجع السابق ٢٨٧/١

[٦] اعلام الموقعين لابن قيم ٤٥/٣

[٧] اغاثة اللهفان المرجع السابق ٢٩٢/١

له عقدة النكاح.[١]

٨- عدم تحقق الحكمة المقصودة من قوله تعالى: ﴿حَتَّى تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾ وهي ان تذوق عِشرة الزوج الجديد فتعرف حق زوجها السابق اذا كانت هي الناشزة. وحتى يراها في عصمة غيره يُعاشرها معاشرة الازواج فيُثير ذلك في نفسه بواعث الندم ان كان قد ظلمها بالطلاق. فان استئنفا عِشرة جديدة من بعد ذلك راعى كل منهما حق صاحبه وعرف نعمة الله في عِشرته فتدوم بينهما المودة. ومن الواضح انه لا تتحقق هذه الحكمة ما لم يكن الزواج الثاني زواج رغبة لا اصطناع فيه.[٢]

٩- زواج توقيت لأنه يتم على اساس ان المحلل اذا عاشرها يُطلقها فورا والزواج المؤقت باطل بالاتفاق.

١٠ - زواج بشرط حيث يُشترط على المحلل ان يُطلقها بعد معاشرتها حالا وهو باطل.

١١- زواج يتخلف فيه ركن الرضا، لأن الزوجة لا تقبل ولا ترضى بأن يكون المحلل زوجا لها بصورة دائمية.

١٢- قول الشافعية والجعفرية والظاهرية بصحة التحليل على أساس عدم ذكر الشرط صراحة في عقد الزواج، مخالف لقوله تعالى: ﴿وإِنْ تُبْدُوا مَا فِي أَنفُسِكُمْ أَوْ تُخْفُوهُ يُحَاسِبْكُمْ بِهِ اللَّهُ﴾[٣] ولقول الرسول ﷺ (انما الاعمال بالنيات وانما لكل امرء ما نوى).[٤]

قال ابن قيم (ولا فرق عند اهل المدينة واهل الحديث وفقهائهم بين اشتراط ذلك بالقول او بالتواطئ والقصد فان القصود معتبرة والاعمال بالنيات والالفاظ لا تُراد لعينها بل للدلالة على المعاني فتترتب عليها احكامها).[٥]

فاذا ظهرت المعاني والمقاصد، فلا عبرة بالالفاظ لأنها وسائل وقد تحقق غاياتها.

---

[١] المرجع السابق

[٢] ينظر الاستاذ الشيخ زكي الدين شعبان الزواج والطلاق في الاسلام ص ١٠٧

[٣] سورة البقرة / ٢٨٤

[٤] صحيح البخاري

[٥] ينظر زاد المعاد لابن قيم ٤/٦

المبحث الثاني
حكمة تشريع الطلاق ومن يملكه

اولا. حكمة تشريع الطلاق:

الزواج ميثاق لا يشبه أي عقد من حيث طبيعة محله والحقوق والالتزامات المترتبة عليه ومن حيث الغاية المتوخاة من إنشائه.

فمحل ميثاق الزواج ليس حقا ماليا ماديا وانما هو حِلُّ تمتع كلٍ من الزوجين بالآخر.

والاثار المترتبة عليه ليست حقوقا مادية وانما هي رحمة ومودة وسكينة ووئام وانسجام وحب متبادل وشركة في السراء والضراء.

والغاية المقصودة من انشائه ليست كسب ربح مالي او دره خسارة مادية، وانما هي التناسل والتوالد والمساهمة في استمرار حياة بني نوع الإنسان بما يتفق وكرامته وسيادته في هذا الكون.

ولكن على الرغم من هذه الأهمية والخطورة للزواج فإنه قد لا يحظى بنجاح وقد قيل قديما وحديثا:

ليس كل ما يتمنى المرء يُدركه   تجري الرياح بما لا تشتهي السفن

قد يخون البصر وينخدع الشعور في اختيار شريك او شريكة الحياة، فالاقتران قد يبنى على اساس خاطئ، او تقدير غير سليم، فتكشف الايام اثناء الحياة الزوجية لكل منهما ما لا يرتضيه الاخر من طباع وخلق بعد تيسر الفرص لان يرى كل صاحبه على حقيقته دون خداع او تظاهر، او قد يطرأ بعد الزواج امر خارج عن ارادتهما فيكدر صفوة الحياة الزوجية، او قد يحدث الشقاق والتنافر بتدخل الاهل والاقارب والاصدقاء باسم المصلحة او النصح فينقلب اساس كيانهما الى معول هدام، فتنقلب القلوب ويتحول الحب الى البغض والوئام الى الشقاق والمودة والسكينة الى الفوضى.

او قد تتسرب الشكوك من مساماة متنوعة، فتزيل الثقة بينهما وتتجسد الاوهام فتمنحها زورا وبُهتانا معالم الحقائق فيتحول كل شيئ في تفكيرهما الى عكسه فيفقدان الصواب في كل صغيرة وكبيرة.

وبعد هذا وذاك ليس من الحكمة ارغام طرف على قبول استمرار هذا الكيان الزوجي الهزيل الهش الذي يزيد بؤسا يوما بعد يوم من تفاقم الشرّ واستفحال الامر الذي قد يؤدي بهما او باحدهما الى سلوك اجرامي او انحراف خُلُقي او أية ظاهرة صحية او اجتماعية اخرى تُعرض حياتهما للخطر.

لهذا بل ولأكثر من هذا اصبح الطلاق أمرا ضروريا لجأت إليه الامم قديما وحديثا واقرّته الشرائع السماوية واخذت به القوانين الوضعية الا ما شذّ منها.

والإسلام بحكم كونه دينا فطريا من الطبيعي ان يُقر هذا النظام بتشريع يُحقق مصلحة الأسرة والامة بشكل يكون بعيدا عن التعسف. فهو لم يسمح للرجل ان يعتبر المرأة سلعة تُباع وتُشترى، بل رفع مكانتها واقرّ حقوقها الطبيعية التي كانت محرومة من اكثرها قبل الإسلام، ووضع للطلاق اركانا وشروطا وحدد لها حدودا وفرض على ارادة الزوج قيودا بحيث لن يتمكن ان يعتبره عملا كيفيا يقدم عليه متى شاء ولأي سبب اراد، وبذلك قد اخذ مسلكا وسطا بين الافراط والتفريط المتمثلين في نظام طلاق الكاثوليك والبروتستانت من المسيحيين ونظام طلاق الربايين من الموسويين.

بل اعتبره دواء مركزا يتعاطاه المرضى في بعض الاحايين، فإن احسنوا استعماله أدى الى نتيجة حسنة، وان أساءوا الاستعمال – كما هو الوضع السائد المؤسف في العالم الإسلامي اليوم – جلب الفوضى والويل والمآسي على الفرد والمجتمع.

ثانيا: من يملك سلطة التطليق:

قد يتصور البعض ان انفراد الرجل بحق الطلاق امر كثيرا ما يُتحكم فيه ولو كان للمرأة فيه رأي او كان بإشراف من المحكمة لكان بعيدا عن مجالات التعسف.

ومن هذا يتساءل المرء اذا كان الامر كذلك فلماذا اختص الرجل بهذا الحق في الإسلام على الرغم من شجبه لكل تصرّف فيه ضرر وتعسف؟

وتوضيح هذه الحقيقة يحتاج الى مناقشة الشقوقات المتصورة في هذا الموضوع والاحتمالات العقلية خمس:

١- إما ان يكون الطلاق بيد المرأة وحدها.
٢- او بيد الرجل وحده
٣- او ان يتم بإتفاق الطرفين.
٤- او ان يكون عن طريق المحكمة.

٥- او ان يكون بيد الرجل وتُعطى المرأة فرصا للطلاق.

١/ الطلاق بيد المراة وحدها

لا يستقيم لأسباب كثيرة منها:

١- ان الطلاق والزواج نظامان بُنيا في المجتمعات الاولى على عادات الفطرة: فالـذكر يطلب الانثى ولا تطلبه هي، والرجل يخطب المـراة وهـي لا تخطـب، والـرأي في الـترك فطريا يكون لمن له الرأي في الزواج، وعلى هذه العادة الفطرية جرى الإسلام فلم يمنح هذا الحق للمرأة وحدها.

٢- الطلاق تصرف تترتب عليه تبعات مالية فيلتزم الزوج بدفع المهـر الكامـل لزوجتـه وتسديد نفقات العدة والاولاد واجور الحضانة بالاضافة الى نفقـات الـزواج الجديـد ان اراد ذلك.

فليس من العدل والانصاف ان يُلـزم شـخص بمـا يترتـب علـى عمـل الغـير وتكـون التزاماته حقوقا لهذا الغير، ثم ان هذه التبعـات المالية تحمـل الـزوج علـى الـتروي وضبط النفس وتدبر الامر قبل الاقدام على الطلاق وتجعله يحرص على بقاء الزوجيـة ما لم تكن هناك ضرورة ملحة.

٣- ان المرأة بحكم خِلقتها الطبيعية اكثر انفعالا واندفاعا من الرجل بالعوارض والظروف التي تواجهها في حياتها، فلو مُنحت وحدها حق الطلاق لأساءت التصـرف بـه لأنهـا قد لا تُبالي كثيرا بالنتائج وهي في ثورانها.

وقد اثبتت التجارب التي مرت بها بعض الامم القديمة ان منح المرأة حق الطلاق كان عاملا فعّالا في كثرة حوادث الطـلاق، كمـا كـان كـذلك عنـد الرومـان في العهـد الكلاسيكي وعند بعض قبائل العرب قبل الإسلام.

٢/ بيد الرجل وحده:

قد تطرأ على الحياة الزوجية عوارض اضـطرارية او اختياريـة تضـرّ بمصـلحة الزوجـة إذا استمرت الحالة، كغياب زوجها او الحكم عليه بعقوبة سالبة للحرية، او كإصابته بمرض مُعدٍ لا يُرجى شفاوه او كإمتناعه عن الانفاق عليها، او كسوء معاملته لها... فلو جُـرِدت المـرأة من حق الطلاق ومُنح للرجل وحده في هذه المجالات لأصبحت ضحية هذه الحوادث.

لذا منحها الإسلام في هذه الحالات سلطة طلب الطلاق من القضاء. حفظا لمصلحتها بالتطليق، ولمصلحة زوجها تتدخل المحكمة.

٣/ بيد الرجل والمرأة معا:

الإسلام يُقر الطلاق بإتفاق الزوجين كما في صورة الخُلع اذا كان بعيدا عن التعسف، الا أن تَحقُق توافق الطرفين على الطلاق في جميع المجالات يكاد يكون مستحيلا، إذ كثيرا ما يُعاند احدهما بقصد الاضرار بالآخر.

٤/ التطليق من المحكمة:

هذه الطريقة مُتبعة في الشريعتين (الموسوية والمسيحية) وفي كثير من القوانين الوضعية، فلا يجوز الطلاق في هذه الحالة الا امام المحكمة المختصة وباشراف منها.

اما الإسلام فانه لم يُقر ذلك لمساوئ كثيرة منها: فضح الأسرار الزوجية أمام المحكمة ومحامي الطرفين، وقد تكون هذه الاسرار مُخزية تُسيء الى سمعة العائلة، وتُحطم مستقبل الزوجة. لنتصور ان رجلا اشتبه في سلوك زوجته، وأراد ان يُطلقها بإشراف المحكمة، فكم تكون فضائح هذا العمل؟ وكم يكون تأثير انتشاره على سمعة الزوجين والاقارب؟ ثم دوافع الطلاق قد تكون أمورا باطنية كالكراهية التي لا يُمكن الاستدلال عليها بالبيّنات والامارات، ولا يعرفها الا أصحابها، ويكون بذلك خارجا عن نطاق المحكمة.

٥/ بيد الرجل واعطاء المرأة فرصا للطلاق عند الحاجة:

أقرّ الإسلام هذه الطريقة الأخيرة السليمة فاعتبر الطلاق حقا طبيعيا للرجل، لأنه ينسجم مع التزاماته نحو زوجته واولاده وبيته.

فما دام الرجل هو الذي يُلزم بدفع المهر وتقدير النفقات، فمن حقه ان يكون بيده انهاء رابطة الزوجية عملا بقاعدة (الغُنم بالغُرم) ولأنه غالبا أضبط أعصاباً واكثر تقديراً لنتائج الطلاق في سويعات الغضب والثوران، فلا يستخدم هذا الحق الا بعد اليأس من نجاح سعادته الزوجية.

ولم ينس الإسلام حق الزوجة في هذا الامر الخطير الذي يُقرر مصير الزوجين، بل أعطاها حق طلب الطلاق من المحكمة المختصة لأسباب مبيّنة في التفريق القضائي.

المبحث الثالث
كيفية انهاء علاقة الزوجية في القرآن

حرصا على استمرارية الحياة الزوجية، وعدم هدم مؤسّسة الأسرة على رؤوس من فيها من الكبار والصغار ممن لا ذنب لهم، وتشجيعا على عدم الاستسلام لبوادر النشوز والكراهية والشقاق... بالتسرع في قطع حبل رباط الزوجية: شرع الله سبحانه وتعالى في دستوره الاخير (القرآن) خطوات بطيئة لإنهاء العلاقة الزوجية، وأمر باتباعها بصورة تدريجية علّها ان تؤدي الى صفوة كدرت ومودة هُدرت، حتى تستقيم الحياة الزوجية وتستقر فتستمر.

فالخطوات كما حددها القران الكريم هي الثماني التالية:

الخطوة الاولى: الموعظة (فعظوهن)

امر القرآن الكريم الزوج في حالة نشوز زوجته أن يتبادر الى طريقة النُصح والارشاد والتوجيه والتنبيه على الاخطاء، بدلا من اللجوء الى الطلاق، فقال سبحانه تعالى: ﴿وَاللاَتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ﴾.[1] هذه الطريقة هي اول واجبات رب الأسرة لإصلاح كل ما يتعرض للفساد، لأنه عمل تهذيبي مطلوب لأهل الأسرة بأسرها. يقول سبحانه تعالى: ﴿يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا قُوا أَنفُسَكُمْ وَأَهْلِيكُمْ نَارًا وَقُودُهَا النَّاسُ وَالْحِجَارَةُ﴾[2] الوعظ مقصود بالذات هنا لهدف معين هو معالجة بوادر نشوز الزوجة قبل ان يستفحل الامر فتترتب عليه نتائج سلبية. لكن الزوجة قد تطغى بجمالها او مالها او حسبها او غير ذلك، كما يقول سبحانه وتعالى: ﴿كَلَّا إِنَّ الْإِنسَانَ لَيَطْغَى، أَن رَّآهُ اسْتَغْنَى﴾[3] فهي لا تتأثر بالموعظة الحسنة فعندئذ على الزوج ان يُغير الاسلوب باتخاذ الخطوة الثانية.

---

[1] ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاء بِمَا فَضَّلَ اللّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنفَقُواْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ فَالصَّالِحَاتُ قَانِتَاتٌ حَافِظَاتٌ لِّلْغَيْبِ بِمَا حَفِظَ اللّهُ وَاللاَّتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلاَ تَبْغُواْ عَلَيْهِنَّ سَبِيلاً إِنَّ اللّهَ كَانَ عَلِيّاً كَبِيراً﴾ النساء : ٣٤

[2] ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا قُوا أَنفُسَكُمْ وَأَهْلِيكُمْ نَاراً وَقُودُهَا النَّاسُ وَالْحِجَارَةُ عَلَيْهَا مَلَائِكَةٌ غِلَاظٌ شِدَادٌ لَا يَعْصُونَ اللَّهَ مَا أَمَرَهُمْ وَيَفْعَلُونَ مَا يُؤْمَرُونَ﴾التحريم : ٦

[3] سورة العلق/٦–٧

الخطوة الثانية: الهجر في المضاجع (واهجروهن في المضاجع):

المضجع موضع الاغراء، وهجره اسلوب نفسي يتخذه الزوج لتنبيه زوجته على أنها سوف تُلاقي مصير الحرمان من مضجعها الذي يُمثل قمة العلاقة الزوجية في المودّة والرحمة والسكينة، كما يقول سبحانه وتعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجاً لِّتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾.[١]

لكن التربية الاخلاقية الإسلامية تأمر الزوج بأن يلتزم بما يلي:

١- الاّ يكون الهجر الا في مكان خلوة الزوجين.

٢- ألاّ يهجرها أمام الأولاد حتى لا يُؤثر ذلك على سلوكهم ويورث في نفوسهم الشرّ والفساد.

٣- الا يكون هجرا امام الغرباء يُذل الزوجة ويُقلل من شأنها، أو يستثير كرامتها فتزداد نشوزا. لأن المقصود علاج النشوز لا إذلال الزوجة ولا إفساد الأولاد، وإذا فشلت هذه الطريقة لما تحمله الزوجة من النفسية الشريرة، فعلى الزوج ان يلجأ الى اسلوب آخر يتناسب مع هذه النفسية وهو الخطوة التالية.

الخطوة الثالثة: الضرب (واضربوهن):

كما ان لأي داء دواءاً خاصاً فإن لعلاج كل تمرد اسلوبا متميزاً يتناسب مع حجم العصيان. وإنما أمر الله بالضرب لأن الزوج أمام ثلاثة خيارات لا رابع لها: إما اللجوء الى القضاء ففيه فضح أسرار العائلة، وإما الطلاق وفيه تفكيك الأسرة، وإما ضرب غير مُبرح (لا يؤذي ولا يؤلم ولا يجرح)، فالضرب هو الأصوب. وقد يزعم البعض ان أسلوب الضرب ليس اختيارا حكيما. فاقول لهم: أجل، الضرب بمفهومهم السقيم ليس من الحكمة، ولكن هذه الطريقة ليست معركة بين الرجل والمرأة يُراد بهذا الاسلوب تحطيم رأس المرأة حين تُتهم بالنشوز، إن هذا قطعا ليس من الإسلام. إنما هو تقاليد في بعض الازمان نشأت مع هوان الإنسان. فأمر الإسلام يختلف في الشكل والصورة وفي الهدف والغاية.

فالضرب كالطلاق بغيض لكنه اهون الشرّين.

---

[١] سورة الروم/ ٢١

وقد أكد ذلك الرسول الكريم ﷺ في كثير من أقواله منها (لا يجلد احـدكم إمراتـه جلـد عبد ثُم يُجامعها في آخر النهار).[1]

وقال عن الذين يضربون نساءهم (ولا تجدون اولئك خياركم)،[2] وقـال: (ولا يضـرب الا اشراركم).[3] ويُستنتج من هذه الاحاديث الشـريفة ان الضـرب لا يكـون الا عقابـا لزوجـة ترتكب عملاً منافياً للاخلاق والاداب العامة، وهذا العقاب لا يكون بالطلاق لأن العقوبـة يجب ان يقتصر أثرها في شخص الجاني في حـين أن الطـلاق لـه آثـار سـلبية علـى الـزوجين والاولاد إن وجدوا وأسرتيهما، وهـذا يخـالف قولـه تعـالى: ﴿وَلاَ تَـزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْـرَى﴾.[4] وكذلك لا يكون العقاب من المحكمة، لأن وصول الأمر إليها يؤدي الى انتشـاره وبالتـالي الى إساءة سمعة الأسرة، وقد فهم السلف الصالح هذه الحقيقة، فالقاضي شُريح الذي عينه امير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه قاضيا على البصرة ومارس القضـاء (٦٣) سـنة، كـان عنـدما يثور غضبه ويتأثر من زوجته (زينب) يأخذ سواكه الذي يمسح به أسنانه عند الصلاة ويُشير به إليها مُهددا به إياها قائلا:

رأيت رجالا يضربون نسائهم فشلّت يميني حين أضرب زينبا

إذاً الضرب الذي امر به القران غير الضرب الذي يفهمه الجهلة.

واستصحاب الهدف لهذه الاجراءات يأبى ان يكون الضرب تعـذيبا للانتقـام والتشـفي، ويمنع ان يكون إهانة وتذليلا وتحقيرا للزوجة، ويرفض أن يكون للقسر والارغام على معيشـة لا ترضاها.[5]

تلك الخطوات الثلاث تُتبع إذا كان النشوز من الزوجة، اما اذا كان من الـزوج، فـالقرآن يأمر بإتباع الخطوة التالية:

---

[1] ينظر فتح الباري بشرح صحيح الامام ابي عبدالله محمد بن اسماعيل البخاري للامام الحـافظ احمـد بـن علي بن حجر العسقلاني (٧٧٢ – ٨٥٢ هـ) باب ما يكره من ضرب النساء وقوله تعالى (واضربوهن) أي ضربا غير مبرح، ٩/٣٢٠

[2] الشوكاني، نيل الاوطار ٦/٢٣٨

[3] الطبقات الكبرى ٧/١٤٨

[4] ﴿قُلْ أَغَيْرَ اللَّهِ أَبْغِي رَبّاً وَهُوَ رَبُّ كُلِّ شَيْءٍ وَلاَ تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلاَّ عَلَيْهَا وَلاَ تَـزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْـرَى ثُـمَّ إِلَى رَبِّكُم مَّرْجِعُكُمْ فَيُنَبِّئُكُم بِمَا كُنتُمْ فِيهِ تَخْتَلِفُونَ﴾الأنعام : ١٦٤

[5] ينظر سيد قطب في ظلال القرآن/٥/٦٤

الخطوة الرابعة: الصلح (والصلح خير):

وجه القرآن الكريم الزوجين الى التصالح والتفاوض والتفاهم كلما بدت بوادر نشوز الزوج. قال سبحانه وتعالى: ﴿وَإِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِن بَعْلِهَا نُشُوزاً أَوْ إِعْرَاضاً فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَن يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحاً وَالصُّلْحُ خَيْرٌ﴾.[١] هذه خير طريقة للتنظيم الاجتماعي في محيط الأسرة حين يخشى وقوع ظاهرة النشوز والاعراض من قبل الزوج، تُهدد مركز المرأة وكرامتها، وأمن الأسرة واستقرارها، قبل ان يصل الامر الى الطلاق الذي هو أبغض الحلال الى الله، أو ترك الزوجة تعيش بين حالتي البقاء والطلاق. وقد شجّع القرآن الكريم الزوج على التفاهم وقبول الصلح الذي هو خير له ولزوجته واولاده، لأنه قد يكون مُخطئا في كراهة زوجته، فقال تعالى: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ فَإِنْ كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَى أَنْ تَكْرَهُوا شَيْئًا وَيَجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا﴾.[٢]

تلك الخطوات الاربع تُتبع حين يكون الطرف المُقصر من الزوجين معلوما، أما في حالة الشقاق بينهما واتهام كل منهما بالتقصير والتسبب فيه، فإن القرآن يأمر بتدخل جهة ثالثة من الاهل والاقارب لاصلاح ذات البين عن طريق التحكيم.

الخطوة الخامسة: التحكيم (فابعثوا حكما من اهله وحكما من اهلها)[٣]

حين ظهور بوادر الشقاق والخلاف بين الزوجين على اسرتهما، او ولي الامر، او القاضي، أو أية جماعة اسلامية، التدخل بتقديم العون والمساعدة لرفع ضرر الشقاق بالاسلوب الذي أمر به القرآن في قوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلاَحًا يُوَفِّقْ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا).[٤]

وتنفيذ هذا الامر الالهي لدراسة شقاق الزوجين يتطلب توافر ما يلي:

أ- ان يبعث حكم من اهلها ترتضيه، وحكم من اهله يرتضيه.

---

[١] ﴿وَإِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ وَأُحْضِرَتْ الأَنفُسُ الشُّحَّ وَإِنْ تُحْسِنُوا وَتَتَّقُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا﴾النساء: ١٢٨

[٢] النساء: ١٢٨

[٣] ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلاَحًا يُوَفِّقْ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾النساء:٣٥

[٤] سورة النساء:٣٥

ب- ان يكون الحكمان عادلين خبيرين بشؤون العائلة ومشاكلها.

ج- ان يكونا من اقارب الزوجين ان امكن، فإن لم يكن لهما اهل، او كان ولم يكن فيهم من يصلح لذلك لعدم الخبرة او العدالة او غير ذلك، فيُستحب ان يكونا جارين[١]، وحكمة اشتراط كون الحكمين من الاهل هي سعة إطلاعهما على مشاكل الزوجين، وحرصهما على سمعة الاسرتين ووفرة شفقتهما على الاولاد، وتوقع نجاح مهمتهما غالبا.

د- ان يكونا محايدين تكون غايتهما هي الاصلاح دون تمييز وتفريق وانحياز.

هـ- ان يجتمع الحكمان مع الزوجين في جو من الهدوء بعيدا عن الانفعالات النفسية، والترسبات الشعورية، والملابسات المعيشية، وغيرها من الاسباب الموجبة لتدكير صفوة الحياة الزوجية.

و- ان يرفعا تقريرا صادقا امينا نزيها متضمنا للاسباب الحقيقية لخلاف وشقاق الزوجين، محددين فيه الجهة المقصرة منهما.

وسيأتي بيان مدى القوة الالزامية لتقدير الحكمين عند بحثنا موضوع التفريق القضائي ان شاء الله.

واذا فشلت هذه الخطوات الخمس فعندئذ يتضح ان هناك ما لا يدع الحياة الزوجية تستقيم وتستقر، ففي هذه الحالة من الحكمة الخضوع للواقع المر، للطلاق البغيض على كره من الإسلام فان الطلاق ابغض الحلال الى الله.

الخطوة السادسة: الطلاق للمرة الاولى

عند قيام الضرورة الملحة يسمح الإسلام باللجوء الى الطلاق الذي حُدد بثلاث مرات في قوله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾[٢] أي الطلاق الذي يجوز بعده استئناف الحياة الزوجية بالرجعة في الطلاق الرجعي وبعقد ومهر جديدين في الطلاق

---

[١] ينظر احكام القران لابن العربي (ابي بكر محمد بن عبدالله)تحقيق علي محمد البجاوي، الطبعة الثانية. عيسى البابي الحلبي ١/٤٢٤

[٢] ﴿ الطَّلاَقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلاَ يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُواْ مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئاً إِلاَّ أَن يَخَافَا أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللّهِ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللّهِ فَلاَ تَعْتَدُوهَا وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللّهِ فَأُوْلَـئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾البقرة : ٢٢٩

البائن، ففي حالتي الرجعة والعقد الجديد ليس لوليها الاعتراض، لقوله تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلاَ تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ﴾.[1]

وقد ذهب كثير من الفقهاء والمفسرين الى ان المقصود هو ان الطلاق الرجعي مرتان فبعد كل مرة (إِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ) ارجاع الزوجة بدون عقد، (أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ) ترك المطلقة دون رجعة لتبين بانقضاء العدة.

ومع تقديري العظيم لمكانة هؤلاء العلماء الكرام، فإن كلامهم هذا مخالف لظاهر النص المذكور للاسباب الاتية:

١. لفظ (تسريح) في اصطلاح القران الكريم لا يعني سوى الطلاق بدليل ما ورد في سورة الاحزاب الآية (٢٨): ﴿يَاأَيُّهَا النَّبِيُّ قُلْ لأَزْوَاجِكَ إِنْ كُنْتُنَّ تُرِدْنَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا وَزِينَتَهَا فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ وَأُسَرِّحْكُنَّ سَرَاحًا جَمِيلاً﴾.
والاية (٤٩): ﴿يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا فَمَتِّعُوهُنَّ وَسَرِّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلاً).

٢. ولا يُتصور ان يُفسر السراح في هذين النصين بالترك حتى تنقضي العدة. وبصورة خاصة في النص الثاني الطلاق بائن، لأنه قبل الدخول، ومن الواضح ان القرآن يُفسر بعضه بعضا.

٣. استقر رأي جمهور الفقهاء المسلمين على ان الطلاق والسراح والفراق ومشتقاتها من الصيغ الصريحة للطلاق.

٤. التسريح عمل ايجابي صادر من الإنسان بارادته المنفردة، والترك عمل سلبي فلا يجوز ان يُفسر الاول بالثاني.

٥. فاذا كان المقصود من (الطَّلاَقُ مَرَّتَانِ) هو الطلاق الرجعي، فأين حكم البائن وما الحكم اذا كان الطلاق الاول قبل الدخول؟

٦. يقول القرطبي (قال ابو عمر: واجمع العلماء على ان قوله تعالى: (أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ) هي الطلقة الثالثة بعد الطلقتين[2] واياها عني بقوله تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلاَ تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾.

---

[1] ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلاَ تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ ذَلِكَ يُوعَظُ بِهِ مَنْ كَانَ مِنْكُمْ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الآخِرِ ذَلِكُمْ أَزْكَى لَكُمْ وَأَطْهَرُ وَاللَّهُ يَعْلَمُ وَأَنْتُمْ لاَ تَعْلَمُونَ﴾(البقرة: ٢٣٢)

[2] احكام القران لابي عبد الله محمد بن احمد الانصاري القرطبي، الطبعة الثالثة ١٢٧/٣

٧.ويقول ايضا: (وعن ابي رزين قال: جاء رجل الى النبي ﷺ فقال: يا رسول الله أرأيت قوله تعالى: ﴿الطَّلاَقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾ فأين الثالثة؟ فقال رسول ﷺ: ((إِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ)).[١]

٨.وجاء ما يؤيد ذلك ايضا في احكام القرآن للجصاص،[٢] واحكام القران لابن العربي.[٣]

اذن قوله تعالى:(أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ) حقيقة في التطليق الثالث ولا توجد قرينة لصرفه عن هذا المعنى الحقيقي. وان قوله تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلاَ تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾ بيان للحكم الذي يترتب على الطلقة الثالثة دون ذاتها. وهذا الحكم هو انها لا تحل للزوج الاول حتى تتزوج اخر يدخل بها دخولا شرعيا فاذا افترقا بموت او طلاق او تفريق قضائي وانتهت عدتها فعندئذ يجوز ان يتزوجها الزوج الاول ان رغب في ذلك.

٩. (ألـ) في (الطلاق مرتان) إذا كانت للعهد الذكري ترجع الى الطلاق الرجعي بالمفهوم الجاهلي الذي يشمل الرجعي والبائن بالمفهوم الإسلامي، لأنه كان عبارة عن كل طلاق لم تنته عدته سواء كان بعوض أو بدونه وسواء كان لمرة واحدة أو اثنتين أو ثلاث او أكثر، ثم ان الطلاق الرجعي بالمفهوم الإسلامي لم يكن موجودا حين نزول هذه الآية.[٤]

التزامات المطلق حين الطلاق

اذا سمح الإسلام للزوج باللجوء الى الطلاق كعلاج أخير، فانه لم يدعه أن يتصرف في هذا الحق متى وكيف شاء، بل ألزمه بالتقيد بما يلي:

أولا: التفريق بين الطلقات الثلاث وتوزيعها على ثلاث مرات.

وهذا ما ينص قوله تعالى: ﴿الطَّلاَقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾.

---

[١] عمدة القارى بشرح صحيح البخاري ٢/٢٣٤

[٢] الامام ابو بكر احمد بن علي الرازي الجصاص، احكام القران تحقيق محمد صادق قمحاوي نشر دار المصحف القاهرة ٢/٨١

[٣] المرجع السابق ١/١٩١

[٤] ينظر مؤلفنا الطلاق مرتان في تفاسير القرآن، ص ١٤

يقول الجصاص: قال تعالى: ﴿الطَّلاَقُ مَرَّتَانِ﴾ وذلك يقتضي التفريق لا محالة، لأنه لو طلق اثنتين معا، لما جاز ان يُقال طلّقها مرتين، وكذلك لو دفع رجل درهمين لم يجز ان يُقال أعطاه مرّتين حتى يفرق الدفع فحينئذ يُطلق عليه).[١]

ويقول ايضا: (فإن معناه الأمر)، وكل أمرٍ للوجوب.

وسيأتي تفصيل هذا الموضوع عند البحث عن الطلاق المقترن بالعدد.

ثانيا: التوقيت:

على الزوج ان يتقيد في طلاقه بالوقت المحدد له في القران الكريم في قوله تعالى: ﴿يَاأَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمْ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾،[٢] خطاب لنبيه في هذه الاية لإثارة الاهتمام وتصوير الجدية.

ووقت عدتهن حددته السنة النبوية بما عدا الاوقات التالية:

أ- وقت الحيض: فلا يجوز طلاق الزوجة اذا كانت حائضا.

ب- وقت النفاس: ولا يجوز الطلاق اذا كانت نفساء.

ج- وقت طُهرٍ عاشرها فيه: فلا يجوز الطلاق فيه لاحتمال تكون الحمل قد يؤدي إلى الندم في وقت لا يفيد الندم.[٣]

ثالثا: عدم إخراجهن من بيت الزوجية

إذا لم يكن الطلاق للمرة الثالثة حتى تنقضي عدتها، ويؤمن لها ما تحتاجه ما دامت في العدة من مطعم وملبس ومشرب ومسكن، وذلك لقوله تعالى: ﴿وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لاَ تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلاَ يَخْرُجْنَ إِلاَّ أَنْ يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يَتَعَدَّ

---

[١] احكام القران للجصاص المرجع السابق ٢/٧٣، ٧٤

[٢] ﴿يَاأَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمْ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لاَ تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلاَ يَخْرُجْنَ إِلاَّ أَنْ يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ لاَ تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا﴾الطلاق: ١

[٣] لمزيد من التفصيل: راجع فتح الباري بشرح صحيح البخاري المرجع السابق ٩/٣٤٥ كتاب الطلاق باب قوله تعالى: ﴿يَاأَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمْ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ﴾ ويراجع زاد المعاد في هدي خير العباد محمد خاتم النبيين وامام المرسلين للامام العلامة ابن القيم الجوزية ٤/٤٣ وما بعدها تحت عنوان (حكم رسول الله ﷺ في تحريم طلاق الحائض والنفساء والموطوءة في طهرها وتحريم ايقاع الثلاث جملة)- المدونة الكبرى في الفقه المالكي ٥/١٠٤ - المحلى في الفقه الظاهري ١٠/١٦٤ - الشوكاني نيل الاوطار ٦/٢٢٦

حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ لاَ تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا﴾.[1]

وفي الامر بتقوى الله قبل الامر بعدم إخراجهن تحذير موجه الى الأزواج وكذلك في (تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ) ثم تعبير (مِنْ بُيُوتِهِنَّ) لتوكيد حقهن في الاقامة بها فترة العدة.

وفي الفقرة الاخيرة (لاَ تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا)، تعليل لعدم اخراجهن، وذلك لإتاحة الفرصة للرجعة، واستئناف عواطف الحب والمودة والوئام بالتفكير في نتائج الافتراق وذكريات الحياة المشتركة، حيث تكون الزوجة بعيدة بحكم الطلاق قريبة من العين، وخلال فترة العدة له الحق ان يُراجعها بدون عقد جديد بالفعل والقول عند بعض الفقهاء. وبالقول فقط (كراجعتك) عند الاخرين وبالفعل كالمعاشرة مع نية الارجاع. واذا انتهت العدة لا يحق له اعادتها الا بعقد جديد.

رابعا: الإشهاد على الطلاق والرجعة

فعلى الزوج ان يُطلق بحضور شاهدين وان يُراجع زوجته امام شاهدين، حتى يكون بعيدا عن موضع التُهم. والاشهاد في هاتين الحالتين نصّ عليه القرآن الكريم في قوله تعالى: ﴿فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوَى عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾[2] والامر بحضور شاهدين عادلين للوجوب لأن الوجوب هو مقتضى أمر الله ما لم يقم دليل على خلاف ذلك. وحمل الأمر على الإرشاد خطأ لا يُغتفر لأنه حقيقة في الوجوب ولا يُصرف عنه إلا بقرينة وهي لا توجد.

خامسا: عدم إكراه الزوجة على ان ترد اليه شيئاً من الصداق ونفقة انفقها أثناء الحياة الزوجية في مقابل تسريح الزوجة إذا لم تصلح حياته معها. لكن اذا دفعت شيئاً من ذلك برضائها للزوج مقابل الطلاق لانها تكرهه وتريد التخلص منه مهما كلف الثمن، فلا بأس من ذلك. ويُسمى هذا الطلاق في اصطلاح الفقهاء. (الخُلع).

قال سبحانه وتعالى بعد قوله: ﴿الطَّلاَقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾.: ﴿وَلاَ يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلاَ أَنْ يَخَافَا أَلاَ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلاَ تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ

---

[1] (الطلاق: ١)

[2] ﴿فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوَى عَدْلٍ مِنْكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ ذَلِكُمْ يُوعَظُ بِهِ مَنْ كَانَ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الآخِرِ وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مَخْرَجًا﴾الطلاق:٢

حُدُودَ اللَّهِ فَأُوْلَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾.[١]

فهذا النص يدل على مدى حرص الإسلام على حماية المرأة من الظلم الذي قد تتعرض له حين الطلاق، واذا أستئنفا الحياة الزوجية بعد الطلاق الاول ثم رجع الخلاف والشقاق وسوء التفاهم، فعلى الزوج ان يتبع الخطوات الخمس التي سبقت الطلاق الأول بنفس الترتيب، واذا فشلت المحاولات يجوز للزوج التطليق مرة ثانية.

الخطوة السابعة: التطليق مرة ثانية:

على الزوج في هذه المرة أيضا ان يُراعي جميع القيود التي فُرضت على إرادته في الطلاق الاول من تفريق وتوقيت وإشهاد وعدم اخراج الزوجة، إذا كان الطلاق رجعياً حتى تنقضي عدتها.

وإذا عادا الى حياتهما الزوجية بعد الطلاق الثاني، إما بالرجعة عندما يكون الطلاق رجعيا، وبعقد جديد حين يكون بائنا، ثم رجعا الى نفس المأساة فعلى الزوج ايضا إتباع الخطوات الخمس الاولى، فإذا لم يجد نفعا فله اللجوء الى الطلقة الأخيرة.

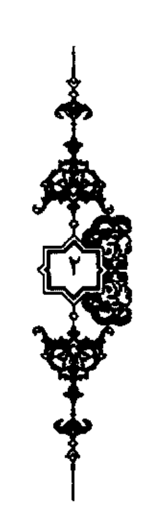
الخطوة الثامنة: التطليق مرة ثالثة:

وقد تم بحث ما يترتب على هذه المرحلة الأخيرة في المبحث الثاني.

---

(١) ﴿الطَّلاَقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلاَ يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلاَّ أَنْ يَخَافَا أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلاَ تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُوْلَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾البقرة: ٢٢٩

بخصوص وجوب الاشهاد راجع التفسير الكبير للامام فخر الرازي ٤٣/٣ واحكام القران للقرطبي المرجع السابق، وتفسير الطبري ١٣٧/٢٨



الفصل الثاني

عناصر الطلاق

عناصر كل مصطلح ما يتوقف عليه هذا المصطلح، فإن كان جزءاً من ماهيته يُسمى رُكناً وإلا فيُسمى شرطاً. وبناءاً على هذا الاساس يكون اركان الطلاق ثلاثة عند جمهور فقهاء الشريعة: المطلق، والمطلقة، والصيغة. وأضاف إليها فقهاء الامامية ركناً رابعاً وهو حضور شاهدين.[1] وهذا الركن أمر به القرآن أمر وجوب في قوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَى عَدْلٍ مِنكُمْ﴾.

ولزيادة الايضاح نوزع دراسة هذه الاركان على ثلاثة مباحث، يُخصص الاول للمطلق والثاني للمطلقة والثالث للصيغة.



---

[1] الروضة البهية واللمعة الدمشقية ٢/١٤٧.

المبحث الاول

المُطلِق

ذكرنا في الفصل السابق الاصل أن يكون التطليق من الزوج، لكن قد تتولاه الزوجة والقضاء.

شروط المُطلِق: اتفق فقهاء الشريعة على صحة الطلاق من البالغ العاقل المختار الواعي وعلى عدم صحته من عديم الاهلية كالمجنون والصبي غير المميز ومن في حكمهما، واختلفوا في حكم طلاق المُكرَه والسكران والغضبان والهازل والسفيه والمُخطئ والصبي المميز والمريض مرض الموت.

ومنشأ هذا الاختلاف في المُكرَه والسكران والغضبان والهازل والمخطئ هو الاختلاف في اعتبار القصد، هل هو شرط من شروط صحة الطلاق، وإن أتى المطلِق بصيغة صريحة او لا. فمن ذهب الى عدّه عنصراً مُطلَقاً قال بعدم الوقوع ممن يتصف بإحدى الصفات المذكورة.[1]

وفيما يأتي الرأي الراجح:

اولاً – طلاق المُكرَه :

الإكراه هو حمل شخص عن طريق التهديد على ان يقوم بعمل لا يرضاه والراجح ان طلاق المكره لا يقع للأدلة الاتية :

أ- اقوال الرسول ﷺ ومنها (لا طلاق في إغلاق)[2] وقوله (ان الله وضع عن امتي الخطا والنسيان وما استكرهوا عليه).[3]

ب- القياس على إسلام المكره، فكما لا يصح اسلام المرء تحت ضغط الاكراه والإسلام من المصالح النافعة نفعاً محضاً، كذلك لا يقع طلاق المكره من باب اولى وهو من الاعمال الضارة ضرراً محضا.[4]

---

(1) لمزيد من التفصيل يراجع مؤلفنا مدى سلطان الارادة في الطلاق ٢/٢٢٦.

(2) سنن ابي داود بحاشية عون المعبود ٢/٢٢٥ .

(3) رواه ابن ماجه برقم (٢٠٤٥) وابن حبان برقم (١٤٩٨) .

(4) شرح الخرشي في الفقه المالكي ٣٤/٤ وما يليها : المهذب في الفقه الشافعي لابي اسحاق الشيرازي ١٥٠/٢ . شرائع الاسلام في فقه الامامية للمحقق الحلي ٥٣/٢. المغني لابن قدامة ١١٨/٧ . التاج

ثانياً- طلاق السكران :

وهو من يحدث الخلل في توازن عقله بسبب ما يتعاطاه من المسكرات او المخدرات بحيث لا يُقدر نتائج ما يصدر عنه من قول او فعل.

والراجح ان طلاقه لا يقع للادلة الاتية:

أ- ليس له قصد صحيح وايقاع الطلاق يعتمد عليه.

ب- القياس على المجنون والصبي بجامع عدم القصد.

ج- غفلته عن نفسه فوق غفلة النائم، لأن النائم ينتبه اذا نُبه بخلاف السكران.

د- زوال عقله بسبب معصيته لا اثر له، كما لا أثر له في ردته.

هـ- قول بعض الفقهاء.[1] بوقوع طلاقه تغليظاً عليه لعصيانه يُرد بأن عقوبة جريمة تعاطي المسكرات محددة بثمانين جلدة ولا يجوز شرعاً وقانوناً ان يُعاقب الإنسان على جريمة واحدة مرتين.

هذا من جهة ومن جهة اخرى لا يجوز ان يمتد العقاب الى غير الجاني، وعقاب وقوع الطلاق تمتد اثاره السيئة الى الزوجة البريئة والاولاد الابرياء..

ثالثاً – طلاق الغضبان :

الغضب صفة نفسية قائمة بنفس الإنسان تترتب عليه الاثار المشروعة وغير المشروعة .

وللغضب ثلاث درجات :

١-غضب يؤدي الى اختلال التوازن وفقدان السيطرة على الارادة، فهذا الغضبان لا يُحكم بوقوع طلاقه لقول الرسول ﷺ (لا طلاق في اغلاق).

وفسّر كثير من فقهاء الصحابة كعلي بن ابي طالب‌ﷺ وابن عباس ﷺ الاغلاق بالغضبان [2] لأن الغضبان أُغلق عليه باب القصد كالمكره.

المذهب في الفقه الزيدي ٢/١١٩ . المحلى لابن حزم الظاهري ٦/٢٠٣ . جوهر النظام في الفقه الاباضي ٢/٢٢٠ .

[1] كالشافعية مغني المحتاج ٣/٢٢٩ .

[2] ينظر اعلام الموقعين لابن قيم الجوزية ٣/٥٢ وما يليها .

٢- درجة ادنى بحيث يبقى مسيطراً على تفكيره وارادته ويعرف ما يترتب على قوله، والغضبان بهذه الدرجة يجب ان يُقال بوقوع طلاقه لأن الإنسان لا يُطلق زوجته في حالة اعتيادية بعيدة عن الغضب وتوتر الاعصاب الا نادراً.

٣- درجة متوسطة بين الاولى والثانية، فالحكم يُترك لسلطة القاضي والمفتي التقديرية مع اخذ ظروف المُطلِق بنظر الاعتبار.

رابعاً- طلاق الهازل :

الهزل هو الكلام الذي لم يُقصد به معناه الحقيقي والمقصود هنا هو استعمال صيغة الطلاق هازلاً من غير إرادة إنهاء علاقة الزوجية.

من قال بوقوع طلاقه [1] استند الى الادلة الاتية:

أ- قوله تعالى: ﴿وَلاَ تَتَّخِذُوا آيَاتِ اللّهِ هُزُوًا﴾[2] والهازل يقع طلاقه عقاباً وتغليظاً عليه لأنه يستخف بآيات الله وحكمه.

ب- قول الرسول ﷺ (ثلاث جدّهن جد وهزلهن جد: النكاح والطلاق والرجعة).[3]

ج- مباشرة الاسباب من كسب الإنسان المختار وترتب الاثار من خلق الله والهازل يباشر السبب (صيغة الطلاق).

مناقشة هذه الادلة :

١- الاية لا يُفهم منها سوى النهي عن الهزل في احكام الله وهي لا تدُل على ان الهازل إذا باشر السبب هزلاً تترتب عليه الاثار.

٢- الحديث طعن فيه المحدثون وقد قال الترمذي في اسناده عبدالرحمن بن ازوك بن حبيب وهو مختلف فيه ومنكر الحديث.[4]

٣- لا يجوز قياس الهزل على الكُره والسُكر ونحوهما، لأن الهازل يقصد اللفظ والمعنى قصداً هزلياً لا جدياً.

---

[1] كالمذاهب الاربعة في الفقه السني .

[2] سورة البقرة /٢٣١ .

[3] صحيح البخاري بشرح عمدة القارئ ٢/٢٥١ .

[4] عمدة القارئ المرجع السابق ، المحلى ١٠/٢٤٠ وفيه الحديث موضوع . الدرار البهية ٢/٦٩ وفيه في اسناده عبد الرحمن وهو مختلف فيه .

٤- اللعب او الهزل أو المزاح في حقوق الله غير جائز وبالتـالي لا يترتـب عليـه الاثـر الشرعي.

موقف القانون من طلاق الاشخاص المذكورين:

نصت المادة (٣٥) من قانون الأحوال الشخصية العراقي القائم على انه (لا يقـع طـلاق الاشخاص الآتي بيانهم :

١- السكران والمجنون والمعتوه والمكرَه ومن كان فاقد التمييز مـن غضـب او مصـيبة مفاجئة او كِبَر او مرض .

٢- المريض في مرض الموت او في حالة يغلب في مثلها الهلاك اذا مات في ذلك المرض او تلك الحالة وترثه زوجته.

ويلاحظ على الفقرة الثانية من هذه المادة ما يلي:

١- القول بعدم وقوع طلاق المريض مرض الموت وهـو لم يفقـد تمييـزه وإدراكـه ووعيـه مخالف لإجماع فقهاء الشريعة الإسلامية وقوانين جميع الدول الإسلامية.

٢- اذا كان عدم وقوع الطلاق لكون الزوج المريض فاقد التمييز بسـبب مرضـه يكـون تكراراً مع ما ورد في الفقرة (١) من هذه المادة من ان فاقد التمييز لمرض لا يقـع طلاقه.

٣- اذا كان الحكم بعدم وقوع طلاق المريض مرض الموت لحماية حقوق المـرأة، فالإسـلام اعطاها جميع الحقوق بضمنها الميراث رغم وقوع الطلاق بائناً.

٤- كيف يعلم القاضي ان المريض مرض الموت يموت في هذا المرض مع ان الله قادر على شفائه، ففي هذه الحالة تبقى الزوجة بين الزوجيـة واللازوجيـة الى ان يُعـرف مصـير الزوج.

٥- اذا كان المريض مرض الموت لا يقع طلاقه فما هي فائدة عبارة (وترثه زوجته).

٦- يُؤخذ من عموم النص المذكور ان الطلاق لا يقع ولو كـان بتقصـير مـن الزوجـة او بطلب منها وهذا خطأ لم يقل به احد من الفقهاء.

ولكل ما ذكرنا لم يكن المشرع العراقي موفقاً ومُصيباً في موضوع طلاق المريض مـرض الموت.

خامساً- الطلاق من الوكيل:

قال جمهور فقهاء الشريعة الزوج الذي تتوافر فيه شروط التطليق كما يجوز ان يتولاه بنفسه له ان يوكل من ينوب عنه أن يُطلق زوجته.[١]

وقال الظاهرية لا يجوز الطلاق بالتوكيل لأنه لم يثبت بنص ولا بعمل السلف من الصحابة والتابعين، ولأن القرآن كلما ذكر الطلاق خاطب به الازواج.[٢]

وبهذا الرأي أخذ القانون العراقي[٣] حيث نصت المادة (٣٤/٢) على انه (لا يُعتد بالوكالة في إجراءات البحث الاجتماعي والتحكيم وفي ايقاع الطلاق).

وأرى ان الراجح ما ذهب إليه فقهاء الامامية من ان الزوج إذا كان غائباً ولم يتمكن من الحضور، يجوز له التوكيل في الطلاق[٤] وذلك رعاية لعذر الضرورة.

سادساً-الطلاق من ولي القاصر:

اختلف في صحته الفقهاء. والراجح ان الولي بالولاية الخاصة لا يحق له أن يُطلق زوجة القاصر الذي تحت ولايته صغيراً كان او مجنوناً او من في حكمهما، وهذا الرأي هو ما استقر عليه فقهاء الحنفية[٥] والشافعية[٦] والحنابلة في رواية[٧] والزيدية[٨] والظاهرية.[٩]

وفي مثل هذه الحالات يكون التطليق من القضاء بطلب من الولي لأنه أضبط وأضمن لحقوق الزوجين.

---

(١) ينظرشرحفتحالتقدير ٣/٤٩٤.الشرحالصغيرمعحاشيةالصاوي ٢/٤٣٦.
(٢) المحلى لابن حزم الظاهري ١٠/١٩٦.
(٣) رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩.
(٤) الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية ٢/١٤٨.
(٥) المبسوط للسرخسي ٦/١٧٨.
(٦) المهذب ٢/٧١.
(٧) المغنيوالشرحالكبير ٧/٨٧.
(٨) البحر الزخار ٤/١٦٥.
(٩) المحلى ١٠/١٩٦.

المبحث الثاني

المطلقة

المطلقة ركن ثان من اركان الطلاق ويشترط في هذا الركن توافر الشروط الاتية:

اولاً: ان تكون الزوجة تحت عصمة الزوج حقيقة كالزوجة قبل الطلاق والوفاة والفسخ والتفريق القضائي.

ثانياً: ان لا تكون حائضاً بأن لا يُصادف الطلاق وقت الحيض.

اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على ان الطلاق أثناء كون الزوجة في الحيض بدون مبرر بدعة سيئة وحرام إن كانت الزوجة مدخولاً بها، لقوله تعالى: ﴿يَاأَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾،[1] والخطاب موجه الى امة محمد ﷺ، واللام في (لعدتهن) للتوقيت أي في وقت تبدأ عدة المطلقة مباشرة بعد وقوع الطلاق بأن تكون في طهر لم يمسها فيه، وحكمة هذا التوقيت امران:

احدهما: انه اثبت العلم الحديث ان المرأة عندما تدخل في دورتها الشهرية (الحيض) لا تكون طبيعية مسيطرة على ضبط اعصابها ولذا اعتبر علماء القانون الجنائي هذه العادة الشهرية ظرفاً مخففاً للعقوبة اذا ارتكبت في هذه الحالة جريمة وبناء على ذلك يكون ظرف الحيض عاملاً مساعدا على الخلاف والشقاق بين الزوجين اثناء مدة الحيض.

وقد أمر القرآن الكريم بذلك قبل الاكتشافات العلمية ونهى عن الطلاق في الحيض نهياً مُستفاداً من الامر الوارد في الآية المذكورة،[2]

والسبب الثاني ان المرأة المطلقة في الحيض لا تُعتبر مدة حيضها جزءاً من العدة، فعليها ان تبدأ بها بعد انتهاء الحيض والدخول في الطهر وهذا يكون مُضراً بالنسبة إليها.

---

[1] الطلاق: ١

[2] ينظر مؤلفنا موانع المسؤولية الجزائية في الشريعة الاسلامية والتشريعات الجزائية العربية ص٦١

وقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في حكم طلاق الحائض:
فمنهم من قال بوقوع طلاقها رغم كونه بدعة ومخالفاً لأمر الله: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾ كالحنفية[١] على أساس ان النهي المُستفاد من الأمر ليس لذات المنهي عنه وإنما لغيره وهو ضرر الزوجة فلا يقتضي الفساد، ويتفق معهم الشافعية[٢] والحنابلة.[٣]
ومنهم من قال لا يقع طلاق الحائض لأن النهي المستفاد من الامر يقتضي فساد المنهي عنه وبالتالي لا يقع الطلاق، كالشيعة الامامية[٤] فقالوا يجب ان يُطلقها في طهر لم يجامعها فيه، لكن قالوا هذا الشرط غير مطلوب بالنسبة لزوجة لم تدخل سن الحيض، واليائسة التي قعدت عن الحيض، والحامل المستبين حملها، والتي طلقها زوجها وهو غائب عنها.
وقال الظاهرية[٥] من أراد طلاق زوجته التي دخل بها لم يحل له ان يُطلقها في حيضها ولا في طهر جامعها فيه، فإن طلقها في طهر وطئها فيه أو في حيضها لم يُنفذ ذلك الطلاق وهي زوجته كما كانت الا إذا كان الطلاق بائنا بينونة كبرى، فعندئذٍ يقع ويُلزم.
والراجح عند الشيعة الزيدية عدم الوقوع[٦] لقوله تعالى: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾.
وذهب المالكية[٧] الى ان الطلاق يقع لكن يستطيع ارجاعها أثناء العدة ويجبره القاضي على الارجاع، فإذا ابى يُهدده بالسجن، فإن لم يُراجعها ناب القاضي منابه وحكم بإرجاعها جبراً عليه للآية المذكورة، ولقول الرسول ﷺ لعمر بن الخطاب ﷺ حين طلّق إبنه عبدالله زوجته وهي حائض: (مره فليراجعها).[٨]
والراجح من وجهة نظرنا هو الرأى الأخير الذي اخذ به فقهاء المالكية وهو رأي بعض الحنفية ورواية للامام احمد بن حنبل، لأن الأخذ بهذا الرأي جمع بين الاراء السابقة

---

[١] شرح فتح القدير ٣/٣٣.
[٢] نهاية المحتاج ٦/٥
[٣] الانصاف للمرداوى ٨/٤٥٠
[٤] رياض المسائل في بيان الاحكام بالدلائل كتاب الطلاق. مستدرك الوسائل ٣/٦.
[٥] المحلى ١٠/١٦
[٦] الروضة الندية ٢/٤٨ ومابايها.
[٧] المدونه الكبرى / ٥/٢١١٠ شرح الخرشي /٢٩
[٨] نيل الاوطار ٦/٢٢١

فيقع الطلاق من حيث الاصل كما هو رأي اكثر الفقهاء. ولا يقع من حيث المـآل كمـا هو رأي البعض.

بالاضافة الى ذلك فان هذا الرأي يعطي المجال للـزوج ان يُطلـق زوجتـه في طهـر لم يُعاشرها فيـه[1] إذا كان له مبرر دون ان تنتظر الزوجة، فالأخذ بهذا الرأي يجمع بـين مصلحة الزوج ومصلحة الزوجة.

ثالثاً: يشترط ان تكون الزوجة أهلاً للتبرع إذا كـان الطـلاق بمقابـل ومـن الواضـح ان الله سبحانه وتعالى كما اجاز الطلاق بدون مقابل كذلك اجازهُ بمقابل (عوض) يتفق عليه الزوجان الذي يُسمى في اصطلاح الفقهاء (خُلعاً) إذا كان في ذلك صـلاحهما ومظنـة لعدم الوفاء بالحقوق والالتزامات الزوجية، فقال سبحانه وتعـالى: ﴿الطَّـلاَقُ مَرَّتَـانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلاَ يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُـوهُنَّ[2] شَـيْئًا إِلاَ أَنْ يَخَافَا أَلاَ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ[3] فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَـا فِيمَا افْتَدَتْ[4] بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلاَ تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَـدَّ حُـدُودَ اللَّـهِ فَأُولَئِـكَ هُـمُ الظَّالِمُونَ﴾[5].

ويجوز ان يكون هذا العوض مهر الزوجة بكامله سـواء اسـتلمته مـن الـزوج او كـان مؤجلاً، لما رواه ابن عباس رضي الله عنه من ان امرأة ثابت بن قيس قالت: يارسول الله ثابت بن قيس لا اعيب عليه في خُلق ولا دينٍ ولكن اكره الكفر[6] بعـد الـدخول في الإسـلام، فقال رسول الله ﷺ: أتردين عليه حديقته؟ قالت" نعم، قـال: أقبـل الحديقـة وطلقهـا طلقة واحدة.[7] ويؤخذ من الآية المذكورة ومن هذا الحديث الشريف ان الخُلع لا يجوز مـا لم يكن بين الزوجين خلاف يُبرره. ووجه اشتراط اهلية التبرع للزوجة إذا كان العوض من مالها هو ان الطلاق المقابل له ليس بمال، لذا يُعد العوض تبرعاً منها ويشترط لصحة

---

[1] وحكمه قيد عدم معاشرتها في طهر يطلقها فيه هو استبعاد الندم الذي قد يحصل في المستقبل بالنسبة للزوجين إذا تكون من هذه المعاشرة ولد.

[2] أي مهورهن

[3] أي الحقوق والالتزامات الزوجية

[4] أي مال يكون مهرا كله او بعض أو يكون غيره.

[5] سورة البقرة /٢٢٩

[6] أي كفران التقصير فيما يجب له عليها.

[7] اخرجه البخاري وابو داوْد والنسائي وهو حديث متفق علية – نيل الاوطار – ٦ / ٧٦

التبرع كمال اهلية المتبرع.[١]

رابعاً: ان لا تكون في عدة طلاق سابق لقول تعالى: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾ الاّ في وقت تبدأ عدة هذا الطلاق والعدة لا تبدأ حين قيامها لانه تحصيل الحاصل وهو محال باتفاق الفقهاء.

خامساً: يشترط في المطلقة ان لا تكون مريضة مرض الموت لما في هذا الخُلع التفصيل الاتي عند الفقهاء:

أ. ذهب البعض[٢] الى انه إذا كانت الزوجه مريضة وخالعها زوجها من مالها فان ماتت في مرضها فللزوج الاقل من ميراثه منها وبدل الخُلع وثلث المال (التركه).

ب. وقال البعض[٣] إذا اختلعت المريضة وهو صحيح بجميع مالها، قال الامام مالك لم يجز ويقع الطلاق بدون مقابل ولا يرثها على أساس ان الطلاق بائن وبه قال جمهور المالكية.

جـ. وقال البعض[٤] تسري على ما تلتزم المريضة بدفعه للزوج مقابل الطلاق أحكام الوصية، لأنه تبرع لا يوجد له مقابل مالي فالزائد عن ثلث تركتها يكون باطلاً.

د. وقال البعض[٥] للزوج الاقل من بدل ومن ميراثه منها.

هـ. ولم يفرق الاخرون[٦] بين حالتي المرض والصحة لعموم قوله تعالى في الاية المذكوره التي هي مصدر لمشروعية الخلع، فلا يوجد فيها ما يشير الى الفرق بين خلع المريضة وخلع الصحيحة.

والراجح في نظرنا هو هذا الرأي الاخير لان الطلاق المقابل للعوض الذي تلتزم به الزوجة لزوجها رغم انه ليس بمال الا انه شي ذو أهمية بالنسبة اليها لما اقدمت على الالتزام بالمقابل. وجدير بالذكر ان المقابل كما يكون مالاً قد يكون عملاً كالطلاق مقابل ان تتولى الزوجة المطلقة حضانة وتربية اولادها على نفقتها.

---

[١] لمزيد من التفصيل يراجع مؤلفنا المرجع السابق ٢ / ٣٢٤ وما يليها.

[٢] كالحنفية ينظر البحر الرائق للزيلعي ٤ / ٨.

[٣] كالمالكية ينظر شرح الخرشي ٤ / ٢٠.

[٤] كالشافعية المهذب ٢ / ٧٤ وتتفق الزيدية مع الشافعية التاج المذهب ٢ / ١٩١.

[٥] كالحنابلة الانصاف للمرداوي ٨ / ٤١٩.

[٦] كالامامية الخلاف للطوسي ٢ / ٢٢٢ والظاهرية المحلى ١٠ / ٢٣٥ وما يليها.

والملتزم بدفع المقابل للطلاق لا يشترط ان يكون الزوجة في جميع الأحوال بـل يجـوز ان يكون شخصاً اخر كالولي وكمن يرغب في زواج المختلعة بعد الطلاق وانتهاء عدتها. وفي هذه الحالة لا تُشترط اهلية الزوجة للتبرع فيجوز ان تكـون سـفيهة أو صـغيرة أو مجنونة ما دام العوض ليس من مالها وما دام الطلاق (الخُلع) لمصـلحتها حسـب مـا يراه الولي او القاضي. وفي حالة كون المختلعة هي الملزمه بدفع المقابل للزوج يشـترط ان تكون بالغه عاقلة مختارة واعية مقدرة لنتائج عملها من الاقدام علـى الخلـع مـن مالها او من عملها.

تكييف الخلع:

اختلف فقهاء الشريعة في التكييف الفقهي للخلع هل هو طلاق او فسخ، وإذا كان طلاقا هل هو بائن او رجعي على التفصيل الاتي:-

قال الحنفية الخلع طلاق بائن[1] بدليل ان القـران بـين ان الطـلاق يكـون بعـوض وبدونـه والطلاق بعوض ليس طلاقاً مستقلاً حتى يكون رابعاً كما سبق في اية الافتداء ويتفق معهم المالكية[2] والامامية[3].

وللشافعية ثلاثة اراء[4]: رأي يقع رجعياً وهو مذهب الظاهرية[5] فعلى الزوج رد العوض لأن المال والرجعية متنافيان فيسقطان فيبقى الطلاق على أصله وهو كونه رجعياً.

وفي رأي ثانٍ لا يقع الطلاق إذا كان بدل الخلع الابراء من مهرها او دَينها، لأنه لا سـبيل لوقوع الخلع الا بصحة البراءة وصحتها تستلزم البينونه وفي رأي ثالث يقع بائناً.

وثمرة الخلاف ان الطلاق اذا كان رجعيا للزوج حق الرجعة قبل انتهاء عدتها بخلاف ما اذا كان بائنا.

وإذا كُيِّف بأنه فسخ تنتهي عدتها بحيضة واحدة والفسخ لا ينقص عدد الطلقات الثلاث، فاذا خالعها بعد تطليقها مرتين له ان يتزوجها بدون ان تتزوج زوجاً أخر.[6]

---

(1) المبسوط للسرخسي ٦ / ٢٨٦ وما يليها.
(2) شرح الخرشي ٤ / ١٢ وما يليها.
(3) الخلاف في الفقة للطوسي ٢ / ٢١٥.
(4) ينظر المهذب لابي اسحاق الشيرازي حول الاراء الثلاثة المذكورة.
(5) المحلى ١٠ / ٢٣٠.
(6) ينظر في هذا التفصيل تفسير القرطبي ٣ / ١٤٤ وما يليها.

والراجح هو ما ذهب اليه جمهور فقهاء الشريعة من تكييف الخلع بأنه طلاق بائن للأدلة الاتية:

أ. مقتضى الافتداء هو ان يكون طلاقاً بائناً.

ب. الباعث الدافع الى مشروعية الخلع غالباً هو رفع عدم اقامة حدود الله من الزوج او الزوجة او كليهما، والطلاق البائن يقطع باب صلاحية الزوج لرجعتها بارادته المنفردة ويمنع اعادة المأساة مرة اخرى.

جـ. الفسخ اما ان يعني الغاء العقد ورجوع الطرفين الى ما كانا عليه قبل قيام خلل في الزواج وهذا لا يتصور بالنسبة الى زواج قد تم خالياً من كل عيب يوجب الفسخ، واما ان يُقصد به الاقاله باستعادة كل من الطرفين ما قبضه من الاخر استعادة خالية من كل زيادة ونقص وهذا مالم يشترطه احد الفقهاء بالنسبة للخلع.

د. القول بأن الخلع لو اعتبر طلاقاً مستقلاً للزم ان تكون الطلقات التي يملكها الزوج اربعاً لا ثلاثاً مردود بان المقصود من قوله تعالى: (الطَّلاَقُ مَرَّتَانِ) هو الطلاق الذي يحق للزوجين استئناف العلاقة الزوجية والطلاق الثالث مأخوذ من قوله تعالى: ﴿فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾ أي او تطليق بمعروف.

وقوله تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾ يرجع الى الطلقات الثلاث أي ان الطلاق في كل مرة كما يكون بدون مقابل يجوز ان يكون بمقابل وعوض وهذا ما يسمى الخلع.

وقولة تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلاَ تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾ بيان لحكم الطلاق في المرة الثالثة و الاخيرة.

ومن الخطأ ان يظن بان الطلاق الثالث يؤخذ من هذه الاية .[١]

موقف القانون من الخلع:

القانون العراقي القائم[٢] تناول بعض عناصر واحكام الخلع تحت عنوان (التفريق الاختياري) فنصت المادة (٣٩) على انه (يشترط لصحة الخلع ان يكون الزوج اهلاً لايقاع الطلاق وان تكون الزوجة محلاً له ويقع بالخلع – طلاق بائن) ونص القانون المغربي القائم (م

---

[١] لمزيد من التفصيل يراجع مؤلفنا مدى سلطان الارادة في الطلاق المرجع السابق ٢ / ٣٤٦ وما يليها.

[٢] للاحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩.

٥) على ان الطلاق على مال طلاق بائن.

والقانون السوري (م ٩٥) اشترط سن الرشد للزوجة واقرّ في (م ٩٦) حق الرجوع لكل من الطرفين قبل قبول الاخر.

والاردني (م ١٠٢) يشترط لصحة المخالعة ان يكون الزوج اهلاً لايقاع الطلاق والمرأة محلاً له.

المفوضة بتطليق نفسها:

سبق ان بيّنا ان الاصل في الطلاق هو ان يكون من الزوج، لكن استثناء من هذا الاصل قد يكون من الزوجة ومن القضاء، والتطليق من القاضي يأتي في الفصل الثالث لاسباب تُبرره.

اما من الزوجة فيكون بتفويض من الزوج حال انشاء الزواج او بعده ولا يكون قبل ذلك.

فقد اعطى الإسلام هذا الحق للزوجة بشرط مقترن بالزواج او بعده وهو شرط جائز من وجهين:

احدهما شرط مقترن بالزواج وليس شرطاً معلقاً عليه، لأن الثاني لا يصح لا في الزواج ولا في الطلاق.

والثاني انه شرط لا يتعارض مع مقتضى العقد وليس للزوج حق التراجع عن هذا التفويض سواء كُيّف بالتمليك او التوكيل، لأن الوكالة رغم انها اتفاق غير مُلزِم لكل من الموكل والوكيل، إلا أنها اذا تعلق بها حق للغير كما في هذه المسألة، لا يجوز للموكل عزل الوكيل لتعلق حق الزوجة بها، لكن يجوز للزوج ان يُطلقها قبل ان تُطلِق هي نفسها.

والطلاق من الزوجة كالطلاق من الزوج في العناصر والاحكام المذكورة ومنها انه كما يكون بائنا يكون رجعياً وللزوج مراجعة الزوجة قبل انتهاء عدتها.[1]

موقف القانون من التفويض:

أقر القانون[1] التفويض والتوكيل ونصّت المادة (١/٣٤) على ان (الطلاق رفع قيد الزواج بإيقاع من الزوج او الزوجة اذا وُكّلت به او فُوّضت او من القاضي).

---

[1] وجدير بالذكر ان التفويض كان معروفاً عند العرب قبل الاسلام وعادة كان هذا التفويض غالباً لزوجة ذات مكانة عالية فاقره الاسلام ونظمه وعممه لكل زوجه.

المبحث الثالث

صيغة الطلاق

الركن الثالث من اركان الطلاق بعد المطلق والمطلقة عبارة عن صيغة الطلاق لفظاً او كتابةً او اشارةً بالنسبة للعاجز عن التلفظ او الكتابة وهي كل تعبير يدل صراحةً بحسب العرف الشرعي على قطع رابطة الزوجية. وقد اختلف فقهاء الشريعة بين مُضيق وموسع في صيغة الطلاق، وفي ضوء هذا الاختلاف نتناول نطاقها واقترانها بالعدد وتعليقها والحلف بها فيما يلي بايجاز:

اولا. نطاق الصيغة:

أ- حصر فقهاء الشيعة الامامية صيغة الطلاق في دائرة ضيقة وهي ان تكون بتعبير (طالق) كأن يقول لزوجته انتِ طالق او هي طالق او فلانة طالق.[٢] ويلاحظ على هذا الاتجاه انه رغم كونه سببا من أسباب قلة حوادث الطلاق وقيداً على إرادة الزوج في طلاق زوجته بهذه الصيغة دون غيرها، إلا ان فيه حرجاً بالنسبة لغير العرب من المسلمين ويأبى الإسلام هذا الحرج، كما قال سبحانه وتعالى: ﴿مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُمْ مِنْ حَرَجٍ﴾.[٣]

ب- حصر فقهاء الظاهرية صيغ الطلاق في طلاق وفراق وسراح ومشتقاتها[٤] وتقويم هذا الاتجاه يكون كتقويم رأي الامامية.

ج- ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية[٥] والشافعية[١] والحنابلة [٢] والزيدية[٣] والاباضية[٤] واكثر المالكية[٥] الى ان صيغة الطلاق كل لفظ صريح مُطلق اقترن بالنية وقصد إيقاع الطلاق أولا وكل كناية إذا اقترنت بنية إيقاع الطلاق.

---

(١) أي قانون الاحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩.

(٢) الخلاف في الفقه للطوسي ٢٣١/٢ الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية للعاملي ١٤٧/٢

(٣) سورة المائدة /٦

(٤) المحلى ١٨٥/١٠ وما يليها

(٥) المبسوط ٨٧/٦

ومعيار التمييز بين الصريح والكناية هو ان اللفظ اذا غلب استعماله في الطلاق حقيقة أو مجازا، لغة أو عرفا يكون صريحاً والا فكناية، ومن أمثلة الكناية قول الزوج لزوجته (أذهبي الى أهلكِ) فلا يقع الطلاق بالكناية ما لم يقترن الصيغة بالنية.

د- صيغة الطلاق في اوسع حدودها:

ذهب بعض الفقهاء من المالكية [٦] والشافعية [٧] الى الاتي:

اولا. وقوع الطلاق بلفظ لا صلة له بالطلاق إذا نوى به الطلاق، كأن يقول لزوجته (أسقني الماء) ويُريد به الطلاق.

ثانيا. الطلاق بالحديث النفسي

أي ان الزوج إذا أنشاء الطلاق في ذهنه بكلامه النفسي يكون كإنشاء بلفظه رغم عدم التلفظ باللفظ إذا جزم عليه في قلبه.

تقويم هذه الاراء الفقهية:-

فالاراء المذكورة تتسم بالافراط والتفريط وهما مرفوضان في الشريعة الإسلامية والإسلام وسط في كل شئ بعيد عن التضييق المحرج وعن التوسيع المائع، قال تعالى: ﴿وَكَذَلِكَ جَعَلْنَاكُمْ أُمَّةً وَسَطًا لِتَكُونُوا شُهَدَاءَ عَلَى النَّاسِ﴾.[٨]

والذي يجب الأخذ به وفقا لروح الشريعة الإسلامية هو ما ذكرناه من كل تعبير صريح يدل عُرفا على قطع رابطة الزوجية، ففي هذه الحالة إذا ادعى الزوج أنه لم ينوِ بهذا التعبير الطلاق لا يُقبل منه قضاءاً ما لم تكن هناك قرينة تؤيده، لكن يُقبل منه ديانةً.

---

[١] المهذب ٢/٨٢

[٢] الانصاف للمرداوي / ٨/٤٦٧

[٣] التاج المذهب ٢/١٢٠

[٤] جوهر النظام في علمي الاديان والاحكام للسالمي ٢/٢١٥

[٥] ينظر حاشية الدسوقي / اللشيخ محمد عرفة الدسوقي على الشرح الكبير لابي البركات سيدي احمد الدردير ٢/٢٣٨

[٦] المنتقى شرح موطا الامام مالك ٤/١٦

[٧] المهذب لابي اسحاق الشيرازي ٢/٨٢

[٨] سورة البقرة /١٤٣

موقف القانون من صيغة الطلاق:

نص القانون العراقي للأحوال الشخصية القائم على انـه (لا يقـع الطـلاق إلا بالصـيغة المخصوصة له شرعاً) م٣٤، والأردني (يقع الطلاق بـاللفظ أو الكتابـة ويقـع مـن العـاجز عنهما بإشارته المعلومة) م٨٦.

ثالثا: صيغة الطلاق المقترن بالعدد:

سبق أن بيّنا أن القران الكريم حدّد إن يكون الطلاق الثلاث موزعاً على ثلاث دفعـات في قوله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾.[1]

والمرة الثالثة عبارة عن (أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ)، فحكم المرتين هو إن للزوج استئناف رابطة الزوجية بالرجعة إذا كان الطلاق رجعيا وبعقد جديد إذا كان بائنا.

وحكم المرة الثالثة بيّنهُ القرآن الكريم بقوله تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾، وقد بينا أحكام هذه المرات سابقا.

لكن ما الحكم لو استعجل الزوج فطلقها ثلاثا مرّة واحدة في مجلس واحد؟

في هذا الحكم اختلف الفقهاء على أربعة آراء:

الرأي الأول: لا يقع شيء[2] لأنه مُخالف لنص القرآن الكريم الآمر بالمرّات دون الأعداد والسنة النبوية، فيكون الطلاق بدعة سيئة والبدعة السيئة مردودة لقول الرسول ﷺ (مـن عمل عملا ليس عليه امرنا فهو رد)[3].

وهذا الرأي مردود لأن العدد الزائد عن واحد بدعة فتبطل الزيادة وتقع طلقة واحدة.

الرأي الثاني: التفريق بين الطلاق المدخول بها وغير المدخول بها، فمن قال لزوجتـه غـير المدخول بها أنتِ طالق ثلاثاً يقع طلقة واحدة بلفظ (أنتِ طالق) ويُعد لفظ (ثلاثا) لغواً.[4]

---

(١) سورة البقرة\٢٢٩

(٢) ينظر مجموعة فتاوى ابن تيمية٣٣\١٠٩ الروضة البهية للعاملي ٢\١٤٨.

(٣) بخاري ومسلم.

(٤) يقول العسقلاني في فتح الباري شرح صحيح البخاري ٩\٣٦٣: ووجب مـن قـال بـان غـير المـدخول بهـا تبين إذا قال لها زوجها أنت طالق فإذا قال ثلاثا لغا العدد لوقوعه بعد البينونـة بسـبب كـون الطـلاق قبل الدخول بائنا.

ويُرد هذا بأن تعبير (أنتِ طالق ثلاثا) جملة واحدة يـرتبط أجزاؤهـا بعضـهـا بـبعض ولا يفصل لفظ (ثلاثاً) من (أنت طالق).

أما إذا كان بعد الدخول فيقع ثلاثاً على هذا الرأي ويأتي رده في الرأي الرابع.

الرأي الثالث يقع ما أوقعه الزوج سواء كان مدخولاً بها أو غـير مـدخول بهـا واسـتدل بأدلة من السنة النبوية، علماً بأن كلها مـردودة أو موضـوعة وهـي لا تـدل علـى وقـوع الطلاق الثلاث مرة واحدة، فلا مجال لاستعراضها ومناقشتها.[1]

الرأي الرابع الطلاق المقترن بالعدد لا يقع به إلا طلقة واحدة للأدلة آلاتية:

أ. **القران الكريم**: أمر القرآن الكريم بتوزيع الطلاق على ثلاث مرات، على ألا تكـون في مجلس واحد بنص صريح جلي لا يقبل الاجتهاد، ومن القواعد العامة انه لا اجتهاد في مورد النص. قال تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْـرُوفٍ أَوْ تَسْـرِيحٌ بِإِحْسَـانٍ﴾. والقرآن نصّ صراحة على المرات ولا يجوز تفسيرها بالاعداد، وبين المرات والأعداد فرق واضح وضوح الشمس في نصف النهار، فـبين المـرتين فاصـل زمـني بخـلاف اثـنين أو عددين.

وقال في هذه الآية الكريمة الطلاق الذي يحق للزوجين استئناف حياة الزوجية برجعة أو عقد جديد مرتان، فإذا طلقها للمرة الثالثة فلا مجـال لـذلك حتـى تـنكح زوج غـيره وتحصل الفرقة بينهما بالطلاق والوفاة وتنتهي عدتها من هذه الفرقة.

ب. **السنة النبوية الصحيحة**: قال ابن عباس ﷺ (كان الطلاق في عهـد رسـول الله ﷺ وأبي بكر وسنتين من خلافة عمر رضي الله عنهما طلاق الثلاث واحدة، فقـال عمـر بن الخطاب ﷺ: إن الناس قد استعجلوا في أمر كانت لهم فيه أناة[2] فلـو أمضـيناه عليهم أمضاه عليهم.[3]

---

[1] يراجع للاطلاع على التفصيل في هذا الموضوع مؤلفنا سـلطان الإرادة في الطـلاق في الشـرائع و القـوانين خلال أربعة آلاف سنة ٢\١٧٦-٢١٢

[2] أي مهلة لان علاقة الزوجية تنتهي بثلاث مرات دون مرة واحدة.

[3] أي اجزناه عليهم (ألزمناهم بالثلاث) عقاباً لهم لانهم تركوا ما أمر به الله من طريقـة المـرات وعـدلوا إلى استعمال طريقة الأعداد.

ينظر صحيح مسلم بشرح النووي ١٠\١٠٣.صحيح البخاري يشرح فتح البـاري ٩\٣٦٣ سـنن أبـي داود مع حاشية عون المعبود ٢\٢٢٨.

نيل الأمطار للشوكاني ٦\٢٥٨.

سبل السلام للصنعاني ٢\٢٢٨.

وجدير بالذكر إن سيدنا عمر بن الخطاب ﷺ كثيرا ما كان يعدل عن الأصل ويعمل استثناء بحكم على أساس السياسة الشرعية رعاية للمصلحة العامة ومن تطبيقاته في السياسة الشرعية هو انه الزم من يستعجل في طلاقه ويجمع بين الطلقات الثلاث مرة واحدة بالثلاث وذلك عقابا تعزيريا لهم ومنعا لاستعمال الأعداد مكان المرات.

ثم انتقل هذا الاجتهاد المبني على السياسة الشرعية من سيدنا عمر إلى المذاهب الفقهية وبوجه خاص المذاهب السنية الأربعة، فاستقر العمل بهذه السياسة رغم عدم تحقق المصلحة العامة التي هي غايتها وهي ترك العدد الثلاث والرجوع إلى القرآن والعمل بالمرات الثلاث لا بالأعداد.

ومن القواعد الأصولية العامة المتفق عليها أن الحكم يدور مع علته وجودا وعدماً، والعلة في السياسة الشرعية المذكورة هي منع المسلمين من استعمال العدد في الطلاق والرجوع إلى المرات كما أمر بها القرآن، ومن الواضح إن هذه العلة الغائية لم تتحقق ولن تتحقق في المستقبل، لأن الناس تعودوا على استعمال العدد بدلاً من المرات، وبناء على هذه القاعدة يجب ترك العمل بالسياسة المذكورة والرجوع إلى ما عليه القرآن والسنة النبوية، وقضاء سيدنا ابي بكر وقضاء سيدنا عمر بن الخطاب خلال سنتين من خلافته قبل أن يحكم بالسياسة الشرعية المذكورة. والقول بأن هذه السياسة لسيدنا عمر أصبحت اجماعا سكوتيا يجب استمرار العمل به خطأ لا يُغتفر، فما هي قيمة الإجماع السكوتي مقابل نص قرآني متواتر أمر بتوزيع الطلاق على ثلاث مرات؟

ج. **تفسير بعض الفقهاء والمفسرين** تعبير(الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ) بالطلاق الرجعي مردود من وجهين.

أحدهما ان هذه الآية حين نزلت على سيدنا محمد ﷺ لم يكن تقسيم الطلاق إلى الرجعي والبائن معروفاً وهذا من المصطلحات التي استحدثهما فقهاء الشريعة الإسلامية فيما بعد.

والوجه الثاني ان القرآن الكريم بيّن حكم الطلقتين بجواز استئناف حياة الزوجية، فإذا فسّرناه بالطلاق الرجعي فأين حكم الطلاق البائن لمرة واحدة أو مرتين، وبالإضافة إلى ذلك إن هذا الحكم مقابل لحكم الطلاق الثالث الذي بيّنه القرآن بقوله تعالى: ﴿فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾ فيشمل تعبير (مرتان) الطلاق الرجعي والطلاق البائن.

ثم إن (الـ) في (الطلاق مرتان) للعهد الذكري ترجع إلى الطلاق الرجعي في العرف الجاهلي قبل الإسلام، وهو عبارة عن كل طلاق لم تنته عدته، سواء كان طلقة واحدة أو

أكثر، وسواء كان الطلاق قبل الدخول أو بعده، وبعوض أو بدون عوض، فهو بهذا المعنى يشمل الطلاق الرجعي والبائن في الشريعة الإسلامية.

د. **وقال كثير من الفقهاء** بأن الطلاق الثلاث يقع به الطلقات الثلاث خلافا لما عليه الطلاق في العالم الإسلامي وقوانين الأحوال الشخصية في هذه البلاد التي اتفقت على ان الطلاق المقترن بالعدد يقع به طلقة واحدة.

ومن القواعد الأصولية العامة المتفق عليها انه إذا حكم القاضي برأي من آراء الفقهاء في مسألة خلافية فقهية، فإن هذا الحكم يرفع الخلاف فيجب العمل بما يقضي به القاضي.

ومن الواضح ان القانون أقوى دائما من حكم القاضي، لأنه يحكم بموجب القانون، فإذا كان حكم القاضي يرفع الخلاف فمن باب أولى ان يرفعه القانون.

وأعود فأقول مرة أخرى أنه لا مجال للإجتهاد في مورد النص، والقول بوقوع الطلاق الثلاث معاً رأيٌ مخالف لنص القرآن فلا يجوز العمل به.

موقف القانون من الطلاق المقترن بالعدد:

أجمعت قوانين البلاد الإسلامية العربية وغير العربية على ان الطلاق المقترن بالعدد يقع به طلقة واحدة.

ومن هذه القوانين:

قانون الأحوال الشخصية العراقي القائم (الطلاق المقترن بعدد لفظا أو إشارة لا يقع إلا واحدة). (م٢٣).

الأردني: (يملك الزوج ثلاث طلقات في ثلاث مجالس) م٨٥.

السوري: (الطلاق المقترن بعدد لفظا أو إشارة أو كتابة لا يقع إلا واحدا). م٩٢

المغربي: (الطلاق المقترن بعدد لفظا أو إشارة أو كتابة لا يقع إلا واحدا) الفصل ٥١

وهكذا كل دولة من الدول الإسلامية يحكم قضاءها بوقوع طلقة واحدة أيّاً كان العدد، وكذلك في العراق في المناطق العربية، وينفرد أهل الإفتاء في اقليم كوردستان العراق بالحكم بوقوع الطلاق الثلاث مرة واحدة، خطاءاً نابعا عن تعصبهم المذهبي الأعمى الذي دفعهم الى أن يُرجحون ما في المذهب على ما في القرآن من النص القطعي، على أن الطلاق المقترن بالعدد لا يقع به الا طلقة واحدة، وهو قوله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾.

رابعاً-الطلاق المعلق والحلف بالطلاق:

اختلف فيهما فقهاء الشريعة ولا مجال لاستعراض الآراء الفقهية ومناقشتها، لذا نقتصر على الراجح الذي يجب العمل به في العالم الإسلامي وهو عدم وقوع الطلاق المعلق والحلف بالطلاق للأسباب الآتية:

١- لم يرِد الطلاق المعلق لا في القرآن ولا في سنة رسول الله ﷺ ولا في أقضية خلفاء الراشدين والصحابة والتابعين، بل استحدث في العهد الأموي.

٢- أجمع فقهاء الشريعة على ان كل عقد أو تصرف مُعلق على الشرط باطل[1] ومن الواضح ان الطلاق من اخطر التصرفات على الحياة الأسرية، فمن باب اولى يجب ان يكون الطلاق المعلق باطلاً.

٣- اجمع فقهاء الشريعة على ان الحلف بغير ذات الله وصفاته باطل.[2] وبناء على ذلك يكون الحلف بالطلاق باطلا وما يُبنى على الباطل باطل، فلا يقع الحلف بالطلاق.

٤- ان التعليق بالطلاق والحلف به أُستحدثا في العهد الأموي حين كان المسؤولون في الخلافة الأموية يتهمون من يُعارضهم بالخلافة والسياسة عندما يتم إلقاء القبض عليهم لم يكن آنذاك عقوبة سالبة للحرية بالسجن أو الحبس، لذا كانوا يُحلّفونهم بالقرآن على ان لا يتعاونوا مع من يكون ضدهم، ثم يتبين كذب الحالف بالقرآن ويظهر تعاونه مع المعارضة، لذا لجأوا إلى استخدام طريقة أخرى وهي التعليق بالطلاق والحلف به، فكانوا يُحلفون بالطلاق على ان لا يتعاونوا مع من يكون ضدهم. أو يقول المتهم إذا تعاونتُ مع من يعمل ضدكم يقع طلاق زوجتي، ثم إذا ظهر كذبه يمنعون زوجته منه ولا يسمحون برجوعها إليه. وهكذا انتقلت هذه الفكرة من السياسة إلى الشريعة واستقر رأي بعض الفقهاء على العمل بمقتضى هذه السياسة واستمرت هذه الحالة الى ان وصلت إلينا وأدت إلى تحطيم مستقبل الملايين من العوائل الإسلامية في حياتهم الزوجية عن طريق العمل بتعليق الطلاق أو الحلف بالطلاق.

٦-ومن القواعد الأصولية العامة المتفق عليها ان القاضي إذا حكم برأي فقهي في المسائل الفقهية الخلافية يجب العمل بما يحكم به القاضي.

---

[1] ينظر الخلاف في الفقه للطوسي ٢/٢٣٠. المحلى لابن حزم ١٠/٢١٣ وما يليها اعلام الوقعين ٤/١٠١.
[2] يراجع كتاب الايمان في جميع المراجع الفقهية الإسلامية.

موقف القانون من تعليق الطلاق والحلف به :

اشترطت قوانين البلاد الإسلامية والعربية وغير العربية أن يكون الطلاق بصيغة مُنجـزة غير مُعلقة على شرط وغير مستعملة بصيغة اليمين ومنها ما يلي:-

القـانون العراقـي: (لا يقـع الطـلاق غـير المنجـز أو المشـروط أو المسـتعمل بصـيغة اليمين)م٣٦.

الأردني: (لا يقع الطلاق غير المنجز إذا قصد الحمل على فعل شيء أو تركه)م٨٩

المغربي: (الطلاق المعلق على فعل شيء أو تركه لا يقع) الفصل ٥٢.



الفصل الثالث

مدى سلطان الإرادة في التفريق القضائي

حاولت في عرض هذا الموضوع الخطير إتباع اسلوب جديد، فإن كنت مصيبا فمن الله فله الحمد وله الشكر، وإن كنت مخطئا فهو مني استغفره انه غفور رحيم.

والذي دفعني الى هذا الاختيار هو ما يلي:

١. جميع الاسباب التي بُحثت منذ قيام المدارس والمذاهب الفقهية، والتي سوف تُبحث من حيث اعتبارها مبررات للتفريق، كلُها ترجع الى سبب واحد وهو (الضرر).

٢. استعراض الخلافات الفقهية ونقاش كل ما قيل قديما وحديثا، واحصاء الاسباب المبررة في نظر كل فقيه، وتمييز ما يبيح طلب التفريق مما لا يسمح به... لا يُمكن ان يُقدم كل ذلك للقضاء في العالم الإسلامي خدمة فعلية ولا يزيد من التشريعات الوضعية المأخوذة من الفقه الإسلامي سوى زيادة شقة الخلاف.

٣. غياب معيار دقيق لما يُعتبر سببا وما لا يُعتبر، ديدن المشرعين في البلاد الإسلامية ان يتبعوا اسلوب التعديلات المتوالية لقوانين الأحوال الشخصية، وان يُقدموا بين آونة واخرى قائمة جديدة باسباب التفريق، كما فعل ذلك المشرع العراقي خلال السنوات المنصرمة القريبة.



٤. والذي يتفق مع روح الشريعة الإسلامية هو البحث عن الضرر ومنشئه وترك تعداد الاسباب لعدم الجدوى في ذلك ما دامت الحياة تتطور، والمشاكل المعقدة والامراض المضرة تتجدد.

٥. المعيار الدقيق لاعتبار كل سبب مبررا للتفريق هو كونه منشأ لضرر يُكدر صفوة الحياة الزوجية بحيث يقتنع الزوجان والحكمان والقضاء بأنه لا سبيل لازالته سوى التفريق.

٦. السند الشرعي الذي يُقرر الاخذ بفكرة الضرر في التفريق القضائي هو القرآن الكريم في آيات كثيرة منها قوله تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾، وقوله تعالى: ﴿وَلاَ تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَاراً لِّتَعْتَدُواْ﴾، وسنن الرسول ﷺ منها قوله: (لا ضرر ولا ضرار في الإسلام).[1]

٧. ليس كل ضرر يكون التفريق هو السبيل الوحيد لازالته، لذا من الضروري عدم فتح باب التفريق على مصراعيه من قبل المشرع الوضعي، وعدم سماح القضاء بالتفريق لاسباب يمكن مواجهتها بطرق اخرى.

٨. عدم اعتبار الاسباب المبررة للتفريق الزامية للقاضي، بل يجب ان يمنح سلطة تقديرية مطلقة لاعتبار التفريق اخر علاج يلجا اليه، مستفيدا من خبرته الطويلة، مستضيئا بآراء الفقهاء النيّرة، ومستعينا في الاصلاح بجهود الحكمين والباحثة الاجتماعية.

٩. الاستقراء التام يقضي بأن الاسباب المضرة المبررة للتفريق تنقسم الى قسمين: الارادية كالشقاق وعدم الانفاق، واللا ارادية كالعاهات والامراض. وكل منهما إما ان يختص بأحد الزوجين كالعنة للزوج والرتق للزوجة، أو يكون مشتركاً بين الزوجين كالجنون.

انبعاثا من هذه الحقيقة ازوع دراسة هذا الموضوع من الناحية الشكلية على ثلاثة مباحث، يتناول الاول نماذج من الاسباب اللا ارادية، ويتضمن الثاني بعضا من الاسباب الارادية. مع بيان ما يتعلق بهذه الاسباب من الاختلاف في الشروط والاثار حسب اختلاف طبيعة السبب. واخصص الثالث لبيان موقف القانون في بعض البلاد الإسلامية.

---

[1] ابن ماجة: ٢٣٣٣٢

المبحث الاول
التفريق للضرر اللا ارادي

المقصود من الضرر اللاارداي هو ما لا يكون لارادة احد الزوجين دخل في تكوين منشئه لا مباشرة ولا تسببا، كالضرر الناشئ عن العلل والامراض والعاهات والامراض المنفرة...

واختلف فقهاء الشريعة في التفريق للضرر اللا ارادي على ثلاثة أقوال:

(لا يجوز مطلقا، يجوز مطلقا، يجوز للزوجة فقط).

ومنشا خلافهم هو غياب نص صريح يدل على جواز التفريق لضرر منشأوه غير ارادي.

فمن قال بعدم الجواز تمسك بعدم وجود النص، بل قال بوجود نصوص تؤيد دوام الزواج وعدم التفريق. ومن قال بالجواز مطلقا استند الى القواعد الشرعية العامة منها: (لا ضرر ولا ضرار في الإسلام). كما استدل بالقياس على خيار العيب في البيع، وبقول الصحابي ايضا بناء على انه حجة.

ومن فرق بين الزوج والزوجة قال: ان التفريق استثناء من قاعدة عدم انتهاء الزواج الا بالموت او الطلاق، والاستثناء يكون للضرورة، والضرورات تقدر بقدرها، فما دام الزوج يملك سلطة الطلاق فلا ضرورة بالنسبة إليه.

القول الاول - المنع مطلقا:

فلا يحق لأحد الزوجين ان يطلب التفريق قضاءاً بحجة قيام الضرر كما لا يجوز للقاضي استجابه هذا الطلب.

وقد تبنى هذا الاتجاه فقهاء الظاهرية[1] وبعض الزيدية.

واستدلوا بأدلة اهمها ما يلي:

---

[1]) قال ابن حزم (المحلى ٥٨/١٠):(ومن تزوج امراة فلم يقدر على وطئها مرة او مرارا او لم يطاها قط فلا يجوز للحاكم ولا لغيره ان يفرق بينهما). وقال ايضا (المرجع السابق ١٠٩/١٠):(لا يفسخ النكاح بعد صحته بجذام حادث ولا ببرص، ولا بجنون، ولا بان يجد بها شيئا من هذه العيوب، ولا بان تجده هي كذلك، ولا بعنانة ولا بداء فرج ولا بشئ من هذه العيوب).

١. قوله تعالى: ﴿لاَ يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلاَّ وُسْعَهَا﴾.[1] فالضرر اللا ارادي ليس في وسع الإنسان وغير خاضع لارادته واختياره، فلا يحاسب عليه بمقتضى هذه الآية.
٢. الزواج الصحيح يثبت بكتاب الله والسنة، ومن فرّق بينهما بغير الكتاب والسنة يسري عليه حكم قوله تعالى: ﴿فَيَتَعَلَّمُونَ مِنْهُمَا مَا يُفَرِّقُونَ بِهِ بَيْنَ الْمَرْءِ وَزَوْجِهِ﴾.[2]
٣. عدم وجود سابقة قضائية عن الرسول ﷺ مع عرض مثل هذه القضايا عليه منها قضية زوجة عبدالرحمن بن الزبير الذي كان مصابا بالعنة ومع ذلك لم يُفرق بينهما.[3]
٤. من الضرورات الدينية ان الزواج الصحيح لا ينتهي الا بالطلاق او الموت، فلا يوجد نص صريح على جواز انهاء علاقة الزوجية بغيرهما.[4]

مناقشة هذه الادلة:

١- قوله تعالى: (لاَ يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلاَّ وُسْعَهَا) حجة عليهم لا لهم لأن الله لا يكلف الزوج المتضرر من الزوج الاخر ان يصبر على ضرر لا يُستطاع استمرار الحياة الزوجية معه.
٢- التفريق بالضرر عمل بالكتاب والسنة، قال تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾[5]. وقال الرسول ﷺ: (لا ضرر وضرار في الإسلام)[6]. وقوله تعالى:

---

[1]) (لا يكلف الله نفسا الا وسعها لها ما كسبت وعليها ما اكتسبت) الاية

[2]) (واتبعوا ما تتلو الشياطين على ملك سليمان وما كفر سليمان ولكن الشياطين كفروا يعلمون الناس السحر وما انزل على الملكين ببابل هاروت وماروت وما يعلمان من احد حتى يقولا انما نحن فتنة فلا تكفر فيتعلمون منهما ما يفرقون به بين المرء وزوجه وما هم بضارين به من احد الاباذن الله ويتعلمون ما يضرهم ولا ينفعهم ولقد علموا لمن اشتراه ما له في الاخرة من خلاق ولبئس ما شروا به انفسهم لو كانوا يعلمون)(البقرة: ١٠٢).

[3]) خلاصة القضية: ان زوجة عبد الرحمن التي تزوجها بعد ان طلقها رفاعة قالت للنبي ﷺ انه ما معه الا مثل هذه الهدبة. واخذت هدبة من جلبابها فتبسم الرسول وقال: لعلك تريدين ان ترجعي الى رفاعة ؟ لا حتى تذوقي عسليته ويذوق عسيلتك. هذا الكلام كناية عن الدخول.

[4]) قال ابن حزم (١٠ / ١٠٩، ٥٨):(هذه المراة شكت الى النبي وارادت مفارقته فلم يشكها ولا اجل لها شيئا ولا فرق بينهما).

[5]) وجاهدوا في الله حق جهاده هو اجتباكم وما جعل عليكم في الدين من حرج ملة ابيكم ابراهيم هو سماكم المسلمين من قبل وفي هذا ليكون الرسول شهيدا عليكم وتكونوا شهداء على الناس فاقيموا الصلاة واتوا الزكاة واعتصموا بالله هو مولاكم فنعم المولى ونعم النصير)(الحج: ٧٨).

[6]) مراسيل أبوداود ٤٥١.

﴿فَيَتَعَلَّمُونَ مِنْهُمَا مَا يُفَرِّقُونَ بِهِ بَيْنَ الْمَرْءِ وَزَوْجِهِ﴾ ورد بشان التفريق عن طريق الدجل والسحر...

٣- زوجة عبدالرحمن لم تطلب التفريق وإلا لقضى به الرسول، لأن من مهمته ازالة الضرر ورفع الظلم، وكان سؤالها عن حكم رجوعها الى الزوج الاول ان طلقها عبدالرحمن بقرينة قوله ﷺ: (لا حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك – أي حتى يتم الدخول –).[1]

٤- الاستصحاب الذي استندوا اليه يتعارض مع نص (لا ضرر ولا ضرار) وأمثاله. ومن القواعد الاصولية: ان الاستصحاب لا يعمل به الا عند عدم وجود النص، واذا تعارض معه يُقدم عليه النص.

القول الثاني: جواز التفريق بالضرر اللا ارادي:

ذهب جمهور المالكية، والشافعية والحنابلة، والجعفرية، وجمهور الزيدية، والاباضية الى القول بجواز التفريق قضاءاً بالضرر الناشئ عن الامراض والعيوب اللا ارادية مع اختلافهم في التفصيل الآتي:

المالكية:

الامراض والعيوب المبرة للتفريق عندهم محددة منها: مشتركة كالجذام والبرص. ومنها خاصة بالزوج كالعنة.[2] ومنها تنفرد بها الزوجة كالرتق والقرن.[3]

وهم بالاضافة الى الاخذ بفكرة تحديد الاسباب اشترطوا توافر ما يلي:

١- ان يكون السبب موجودا عند العقد، فالاسباب الطارئة بعد الزواج – باستثناء الجذام البيّن والبرص المُضر – لا تبرر التفريق.[4]

---

[1]) البخاري: ٥٣٤٦.

[2]) العنة عدم القدرة على الاتصال الجنسي لضعف او كبر سن او المرض.

[3]) القرن بفتح القاف والراء غدة في مهبل الزوجة تمنع الاتصال الجنسي. والرتق بفتح التاء انسداد او التحام للجهاز التناسلي للزوجة يمنع المعاشرة الجنسية.

[4]) جاء في شرح الخرشي (٢٣٥/٣):(العيب الذي يوجب الخيار لاحد الزوجين على صاحبه شرطه ان يكون موجودا عند العقد او قبله. فالطارئ بعده لا يوجب الخيار الا ما استثني.)

٢- ان لا يكون الطرف السليم عالما بالسبب قبل العقد او راضيا به بعده، فإن علم بالعيب ورضي به بالقول او الفعل فلا يحق له ان يطلب التفريق.
٣- ان يؤجل التفريق لمدة سنة من تأريخ طلبه في كل مرض يُرجى شفاؤه.

وللمالكية بعد تحقق هذه الشروط قولان: احدهما يُطلقها القاضي نيابة عن الزوج إن أبى الطلاق. والثاني يأمر القاضي الزوجة ان تُطلق نفسها ثم يحكم به هو. والفرقة على كلا القولين طلقة بائنة.[1]

الشافعية:

اخذ فقهاء الشافعية بتحديد الاسباب وهي عندهم سبعة منها مشتركة كالجنون والجذام والبرص، ومنها مختصة بالزوج كالعنة والجب[2] ومنها تنفرد بها الزوجة كالرتق والقرن. واشترطوا للتفريق بها الشروط التالية.

١. ان يكون طلب التفريق بعد العلم بالعيب مباشرة، فكل تأخير دون العذر يُسقط الحق قياسا على خيار العيب في البيع.
٢. ان يكون التفريق بالعنة بعد تأجيل سنة من تأريخ الدعوى.
٣. ثبوت السبب المدعي به لدى القاضي.
٤. الا تكون العنة حادثة بعد الدخول والا فلا تُبرر طلب التفريق.
٥. ان لا يكون كلاهما مجنونين لأن التفريق لا يكون الا بعد الطلب من احد الزوجين والمجنون ليس اهلا للطلب.
٦. وبعد تحقق هذه الشروط يتولى القاضي التفريق، فان لم يوجد فالحاكم والا فللزوجة حق الفسخ بنفسها للضرورة. والفرقة فسخ.[3]

الحنابلة:

لا خلاف عندهم في التفريق للعلل التناسلية المانعة من المعاشرة الزوجية، لكن اذا كان المانع موجودا لدى الطرفين بأن يكون الزوج عنينا والزوجة رتقاء، ففي احد القولين لهم لا يُفرق بينهما.[4]

---

[1] الدسوقي على الشرح الكبير ٢ - / ٣٣٧.
[2] أي بان يكون الجهاز التناسلي للزوج مقطوعا.
[3] المهذب ٢ / ٤٨. الشرقاوي ٢٢٥٢. نهاية المحتاج ٦ / ٣٠٢.
[4] المحرر ٢ / ٢٤.

اما الاسباب الاخرى فلا خلاف ايضا في التفريق بالجنون والجذام والبرص. ولهم فيما عدا هذه الثلاثة رأيان: احدهما وهو اختيار ابن تيمية وابن قيم يثبت حق طلب التفريق بكل مرض او عارض يضر بالطرف الاخر دون تحديد.(١)

وشروط التفريق بالامراض والعلل عند الحنابلة هي:

١- ان يكون السبب موجودا حين العقد ولا يعلم به الطرف السليم، فاذا حدث بعده فلهم قولان: احدهما لا يجوز التفريق.

٢- في التفريق للعجز الجنسي يجب التأجيل سنة من رفع الدعوى.

٣- تقديم الطلب من المتضرر واقتناع القاضي بوجود الضرر.(٢)

الجعفرية:

فقهاء الجعفرية كالجمهور حددوا العيوب المبررة للتفريق. قال العاملي: والعيوب المجوزة لفسخ الزواج في الرجل خمسة: الجنون والخصاء والجب والعنة والجذام. وعيوب المرأة تسعة: الجنون والجذام والبرص والعمي والعفل والرتق والافضاء.(٣)

واشترطوا للتفريق بهذه العلل توفر ما يلي:

١- ان يكون الطلب بعد العلم بالعيب فورا والا فيسقط حقه.

٢- ان كان السبب منه يجب ان لا يكون طارئا بعد الدخول ولو كان الدخول مرة واحدة ومع ذلك يجب تأجيل التفريق بها لمدة سنة من حين الترافع.

٣- في عيوب وامراض الزوجة اذا كانت طارئة بعد العقد لهم ثلاثة اقوال:

أ- لا خيار له في طلب التفريق مطلقا تمسكا باصالة العقد واستصحابا لحكمه.

ب- له الخيار مطلقا عملا باطلاق بعض النصوص.

ج- ليس له بعد الدخول ويحق له الطلب قبله.

---

(١) زاد المعاد (٣١/٤) وفيه:(والقياس ان كل عيب ينفر الزوج الاخر منه ولا يحصل به مقصود النكاح من الرحمة والمودة يوجب الخيار. وما الزم الله مضرورا قط ولا مغبونا قط بما غر به وغبن به. ومن تدبر مقاصد الشرع في مصادره وموارده وعدله وحكمته وما اشتمل عليه من المصالح لم يخف عليه هذا القول وقربه من قواعد الشريعة).

(٢) منتهى الارادات ٢ / ١٨٨. الاقناع ٢/ ٧٨.

(٣) الروضة البهية ٢ / ١٨٨ وما بعدها. شرائع الاسلام ٢/ ٣٠ – ٣٢.

والتفريق عندهم يُعتبر فسخا.[١]

الزيدية:

التزموا جانب التحديد ايضا فقالوا: العيوب المبررة لطلب التفريق احد عشر، منها مشتركة بين الزوجين وهي: الجنون، والجذام، والبرص، وعدم الكفاءة. وثلاثة منها تختص بالزوجة وهي قرن ورتق والعفل. وثلاثة ينفرد بها الزوج وهي الجب والخصي والسل.[٢]

ولكن التفريق للعنة محل خلاف، فمنهم من لم يرها سببا للتفريق سواء حدثت قبل الدخول او بعده. واخذ بعض منهم بعدم تحديد العيوب والامراض، بل اعتبروا كل مُضر بالطرف الآخر مبررا لطلب التفريق.[٣] كما ذهب الى ذلك ابن تيمية وابن قيم.

واشترط الزيدية للتفريق بالاسباب المذكورة توفر ما يلي:

١- ان لا يكون السبب طارئا بعد الدخول – باستثناء الجنون والجذام والبرص حيث لا فرق فيها بين القديم والحديث لخطورتها.

٢- ان لا يصدر ممن له حق الخيار ما يدل على الرضا وبناء على ذلك يُبطل حق طلب التفريق بما يلي:

أ - اذا علم بالسبب قبل العقد وسكت.

ب - اذا علم به بعد العقد ورضي به.

ج - اذا حصل الدخول او الخلوة، او مكنت نفسها له بعد علمها بعيبه فالدخول والخلوة يُسقطان حق الزوج، وتمكين الزوجة يُسقط حقها.

٣-اذا كانا معيبين سواء كان العيبان متماثلين او مختلفين فلا خيار لأي منهما.

واذا توفرت هذه الشروط يُفسخ الزواج بتراضي الطرفين دون اللجوء الى القضاء اذا كان العيب المبر للتفريق متفقا عليه في المذهب. فاذا لم يتم التفريق بالتراضي، او كان السبب مختلفا فيه يحكم القاضي به.

والفرقة للعلل سواء كانت بالتراضي او بحكم القضاء فسخ عندهم.[٤]

---

[١] الروضة البهية ٢/ ١٢٦.

[٢] سل البيضتين مع بقاء الذكر.

[٣] جاء في المنتزع المختار (٢/ ٢٣٩):(قال القاضي حسين: انها غير منحصرة بل كل مانع من توقان النفس وكسر الشهوة فانه يرد به النكاح).

[٤] التاج المذهب ٢/ ٦٣-٦٦. المنتزع المختار ٢/٢٣٩.

الاباضية:

ذهب فقهاء الاباضية الى انه يثبت حق الخيار لكل من الزوجين اذا ثبت في الزوج الاخر مرض تناسلي او سارٍ او منفر، واخذوا ايضا بالتحديد بالجنون والجذام والجب والعنة وقالوا: لا تفريق بغير ذلك من الامراض.

وبالاضافة الى التحديد اشترطوا توفر ما يلي:

١- ان يكون السبب موجودا قبل العقد اما الطارئ بعده، وبعد الدخول فلهم فيه قولان: احدهما لا يكون مبررا.

٢- ان لا يرضى به الطرف الاخر بعد العلم به لكن لم يشترطوا الفور ولا كون طالب التفريق سالما من هذه الامراض.

وقالوا: ان حق طلب التفريق يبقى بعد شفاء المريض لان المصاب بالمرض الساري مُعرض لان يرجع عليه. وكذلك لم يشترطوا حكم القاضي للتفريق.[1]

والفرقة عندهم فسخ.

هذا مجمل من تفصيل الجمهور الذين قالوا: بالتفريق للامراض والعلل والاعراض المنفرة والعاهات المستديمة.

ويلاحظ عليهم بعض الملاحظات منها:

١- الاخذ بالتعداد وحصر الامراض والعلل في بعض الالوان دون بعض يتعارض مع علة تشريع التفريق لتلك الاسباب وهي ازالة الضرر، فالمفروض ان يدور الحكم مع علته وجودا وعدما، فاينما وجد الضرر الذي لا يُطاق يُقضى بجواز التفريق بغض النظر عن مصدر هذا الضرر.

٢- اعتبار الرضى بالعيب في يوم ما، او التأخير في طلب التفريق، او كون السبب طارئا بعد العقد او الدخول مسقطا لحق من له طلب التفريق، يصطدم مع اطلاق قوله تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾[2]، ومع عموم قول الرسول ﷺ (لا ضرر ولا ضرار)[3]. لان لفظ (حرج) مطلق يشمل جميع الحالات، ولفظي

---

[1] شرح النيل وشفاء العليل ٣/٢٤٤-٢٤٩.

[2] سورة الحج/ ٧٨

[3] السنن الكبرى للبيهقي ٦/١٥٨

(ضرر وضرار) نكرتان واقعان في حيز النفي يفيدان العموم، والاطلاق والمطلق يُحمل على اطلاقة ما لم تقم قرينة على تقييده والعام يعمل بعمومه ما لم يقم دليل على تخصيصه، فلا قرينة ولا دليل.

القول الثالث: حق التفريق للعلل والامراض ثابتة للزوجة فقط:

وهواختيار جمهور الحنفية فقالوا:

ان الزوج يملك الطلاق فللزوجة حق طلب التفريق اذا كان زوجها مصابا بعلة من العلل التناسلية كالعنة والجب والخصاء. اما بالنسبة لبقية الامراض السارية والمنفرة فلم يـر ابو حنيفة ولا ابو يوسف منحها هذا الحق لان الاصل عدم الخيار لما فيه من ابطال حق الزوج، وانما يثبت الخيار في العيوب التناسلية لانها مخلة بالمقصود الذي شرع لاجله الزواج.[1] ولم يُفرق محمد صاحب ابي حنيفة بين العيوب التناسلية وغيرها في ثبوت حق طلب التفريق لها.[2] ونقل عنه تحديد غير التناسلية بالجنون والجذام والبرص. لكن يرى الكاساني ان الامام محمد صاحب ابي حنيفة لم يقل بحصر وتحديد الامراض والعلل.[3]

وبذلك يتفق راي محمد مع راي ابن تيمية وابن قيم من الحنابلة، والقاضي حسين من الزيدية في عدم تحديد العلل والامراض لان المعيار هنا هو الضرر اللا ارادي بغض النظر عن طبيعة المرض ما دام الزوج الاخر لا يستطيع ان يتحمل هذا الضرر. واستدل ابو حنيفة وابو يوسف على عدم جواز التفريق بغير العلل التناسلية بان الخيار بهذه العلل ثبت لدفع ضرر

---

(1) فتح القدير ٤/ ٣٠٥.

(2) المرجع السابق. المبصوط ٥/١٠٤.

(3) البدائع (٣/ ١٥٣٦ – ١٥٣٧) وفيه:(واما خلو الزوج عما سوى هذه العيوب الخمسة من الجب والعنة والخصاء والخنوثة فهل هو شرط لزوم النكاح ؟: قال ابو حنيفة وابو يوسف: ليس بشرط ولا يفسخ النكاح به. وقال محمد خلوه من كل عيب لا يمكنها المقام معه الا بضرر كالجنون والجذام والبرص شرط لزوم النكاح، حتى يفسخ به النكاح.

وجه قول محمد: ان الخيار في العيوب الخمسة انما ثبت لدفع الضرر عن المراة. وهذه العيوب في الحاق الضرر بها فوق تلك لانها من الادواء المتعدية عادة فلما ثبت الخيار بتلك فلأن يثبت بهذه اولى. بخلاف ما اذا كانت هذه العيوب من جانب المراة لان الزوج وان كان يتضرر بها لكن يمكنه دفع الضرر عن نفسه بالطلاق فان الطلاق بيده والمراة لا يمكنها ذلك).

فوات حقها المستحق بالعقد وهو الوطء مرة واحدة وهذا الحق لم يفت بهذه العيوب لان المعاشرة الزوجية تتحق مع غير العلل التناسلية فلا يثبت الخيار.[١]

ومن الغريب العجيب ان يعتبر هذان الفقيهان العظيمان حق الزوج في التمتع بزوجته متحققا بالوطء مرة واحدة، وان يريا ان المعاشرة الزوجية هي القضايا الجنسية فقط، وان الامراض غير التناسلية لا تحول دون تحققها، في حين ان المعاشرة هي السكينة والمودة والمحبة والرحمة وغيرها من الوان التمتع الزوجي، كما نص على ذلك القرآن الكريم في قوله تعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾.[٢]

واشترط فقهاء الحنفية للتفريق بالعلل المذكورة ما يلي:

١- ان لا يصدر عن الزوجة ما يدل على الرضا بالعيب.
٢- ان لا يكون العيب طارئا بعد الدخول.
٣- ان يكون الحكم بالتفريق للعنة بعد تأجيل سنة من الدعوى.[٣]
٤- عند مطالبة الزوجة بالتفريق للعنة يجب ان لا تكون رتقاء، لانه لا حق لها في المطالبة بالمعاشرة الجنسية مع قيام المانع فيها.
٥- تقديم الطلب من الزوجة الى القاضي والفرقة طلقة بائنة عند الحنفية[٤] لان فعل القاضي اضيف الى الزوج فكأنه طلقها بنفسه، ولان المقصود وهو رفع الظلم عنها لا يحصل الا بها لانها لو لم تكن بائنة تعود بالمراجعة.[٥]

ويلاحظ على الحنفية بهذا الشان بعض الملاحظات منها:

١- ان القول بعدم حق طلب التفريق اذا كان السبب طارئا بعد الدخول يتعارض مع عموم القواعد العامة للشريعة الإسلامية الامرة برفع الضرر كما ذكرنا.

---

[١] البدائع المرجع السابق.
[٢] سورة الروم: ٢١.
[٣] فتح القدير ٤/٢٩٧.
[٤] فتح القدير ٤ / ٢٩٩.
[٥] ويتفق هذا مع قول مالك والثوري.

٢- ان رفض ابي حنيفة وابي يوسف للتفريق بغير العلل التناسلية يتعارض مع ما هو معروف من طابع التعليل العقلي والمنطق السليم لمذهب ابي حنيفة بالاضافة الى تعارضه مع القواعد الشرعية العامة الامرة بضرورة ازالة الضرر مطلقا.

٣- ان حرمان الزوج من حق طلب التفريق بحجة انه يملك الطلاق اجحاف بحقه حيث ان التفريق قضاءاً يختلف عن الطلاق في بعض الاثار، فالتفريق بطلب من الزوج بسبب موجود في الزوجة يُسقط حق الزوجة في المهر المؤجل بخلاف الطلاق، لانه اذا طلقها بعد الدخول سواء كان بتقصير الزوجة ام لا يلتزم بدفع المهر كله لتقرره بالدخول.

الاستنتاج والترجيح:

١- اكثر انصار التفريق القضائي للامراض العلل اخذوا بالحصر والتحديد مع ان ذلك يتعارض مع علة تشريع التفريق بتلك الامراض والعلل وهي ازالة ضرر المتضرر من احد الزوجين لان المفروض كما هو المقرر في اصول الفقه الإسلامي ان يدور الحكم مع العلة وجودا وعدما، ولانه قد يكتشف الطب امراضا اخرى اشد خطورة منها، وقد تحدث علل نتيجة تطور الحياة تكون اكثر منها ضرراً كمرض أيدز.

٢- سقوط حق طلب التفريق ببعض المسقطات التي ورد ذكرها كالتاخير في تقديم الطلب، وكالرضا بالضرر في فترة زمنية محددة، وكحدوث المرض بعد العقد او بعد الدخول... يصطدم مع عموم واطلاق القواعد الشرعية العامة والنصوص المقررة للتفريق لرفع الضرر، لان الإنسان قد يتحمل الضرر في وقت لا يستطيع تحمله في حين اخر لما يواجهه من التطورات في حياته.

٣- قول بعض الفقهاء كالزيدية والجعفرية والاباضية بان التفريق لا يحتاج الى حكم او قضاء يفتح باب التفريق الكيفي لاسباب قد تكون وهمية لا حقيقية لخطورتها على الطرف الاخر المطالب بالتفريق ويعطي المجال للفوضى في حياة الأسرة، لذا ارى ان يتم كل تفريق للضرر اللارادي بحكم القاضي بعد ثبوت هذا الضرر بتقرير طبي من اللجنة الطبية المختصة.

٤- الواجب الديني والاخلاقي والإنساني يطالب من الزوجين ان يتعاونا في السراء والضراء، وان يبذلا جهودهما المادية والمعنوية في سبيل معالجة المصاب بالمرض المبرر للتفريق بدلا من اللجوء الى القضاء. واذا رجعنا الى ما قبل الميلاد نجد ان قانون حمورابي طلب من الزوج ان لا يطلق زوجته المريضة، وسمح له ان يتزوج ثانية على ان

يقوم بمداراة ورعاية الزوجة المريضة، وترك حرية الارادة للمريضة في البقاء او طلب الطلاق والرجوع الى اهلها، فالمفروض ان نكون اكثر التزاما بهذا الجانب الاخلاقي ما دمنا نعتبر انفسنا اكثر حضارة واكثر تقدما واكثر انسانية ممن عاشوا في عهد حمورابي.

٥- اقترح ان تاخذ التشريعات الوضعية في البلاد العربية والإسلامية في التفريق القضائي بمعيار الضرر اللا ارادي الذي يتعسر معه استمرار الحياة الزوجية بغض النظر عن مصدره، وان يترك تعداد الاسباب في قوانين الأحوال الشخصية، اخذاً برأي الامام محمد صاحب ابي حنيفة ورأي ابن تيمية وابن قيم والقاضي حسين.

٦- في حالة التفريق قضاءاً ارى ان يُؤخذ برأي المالكية والحنفية في اعتبار الفرقة طلقة بائنة ما دام الغرض منها ازالة الضرر القائم.

المبحث الثاني

التفريق للضرر الارادي

المقصود من الضرر الارادي هو ان يكون منشأوه عملا او قولا اراديا لأحد الزوجين او كليهما مباشرة او تسببا، سواء أكان الضرر ماديا كالضرر المترتب على عدم الانفاق، أم معنويا كحرمان الزوجة من التمتع الجنسي بسبب غيبة الزوج او هجره، وبإمكننا ارجاع جميع الاسباب الارادية المضرة بأحد الزوجين او كليهما الى اربعة:

١- حرمان الزوجة من النفقة.

٢- حرمان الزوجة من المعاشرة الزوجية.

٣- اعتداء احد الزوجين على الاخر بالقول او الفعل.

٤- ارتكاب معصية من احدهما.

ولا ارى ان يكون هناك سبب ارادي يترتب عليه الضرر لاحد الزوجين يكون خارجا عن هذه الامور الاربعة الرئيسة. وبناء على ذلك تركت الطرق التقليدية المتبعة قديما وحديثا لعرض هذه الاسباب، وحاولت دراسة جميع الاسباب الارادية المبررة للتفريق قضاءاً تحت هذه العناوين الاربعة، كما ادعو التشريعات الوضعية الى ان تأخذ بنفس الاسلوب لانه اكثر شمولا واكثر دقة:

اولا : حرمان الزوجة من النفقة:

مصدر هذا الحرمان قد يكون تعنت الزوج كما قد يكون بسبب غيابه او اصراره او فقدانه او الحكم عليه بعقوبة سالبة للحرية، وهذه الامور كلها تدخل في نطاق ارادة الإنسان بصورة مباشرة او غير مباشرة.

اراء الفقهاء في التفريق لعدم الانفاق:

اختلفت كلمتهم في هذا الموضوع على ثلاثة اراء (المنع مطلقا، والجواز مطلقا، والتفصيل):

الراي الاول – المنع مطلقا (بعذر او بدونه):

أي سواء كان ذلك لعجز الزوج المـالي، او لتعنتـه، او لغيبتـه، او لاسـره، او لفقـده، او لحبسه... وهذا هو اختيار فقهاء الحنفية.[١] والظاهرية[٢]، وبعـض مـن الجعفريـة[٣]، وجمهـور الزيدية[٤]. وقول للشافعية، وقال به الاوزاعي والثوري، كما ذهب اليه بعض فقهاء التـابعين كالزهري والنخعي، وعطاء بن يسار وبه اخذ ابن ابي ليلى،[٥] وقـالوا: للزوجـة ان تسـتأذن من القاضي للاستدانة والانفاق على نفسها على حساب الزوج وعلى القاضي تأمين النفقـة من مال الزوج او من الاستدانة او من بيت المال...

واستدل هؤلاء الفقهاء بادلة كثيرة اهمها ما يلي:

١. الاخذ باخف الضررين لانه لو فرق بينهما لبطل حق الزوج ولو لم يُفرق لتـأخر حـق الزوجة والاول اكثر ضررا لان النفقة تستقر دينـا في ذمـة الـزوج بحكـم القاضـي فتستوفي في المستقبل ولا تقاس النفقة على العجز في الجماع لان المال تابع للنكاح فلا يلحق بما هو المقصود منه وهو التوالد.[٦]
٢. النص على الانتظار في حالة عسر الزوج كما في قوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَـانَ ذُو عُسْـرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ﴾.[٧] وكل طلب من الزوجة للتفريق لعدم الانفاق في حالة عجز الزوج يصطدم مع هذا النص.

---

[١] فتح القدير (٣٩٠/٤) وفيه:(ومن اعسر بنفقة امراته لم يفرق بينهما ويقـال لهـا استدنيي عليـه. ومعنـى الاستانة ان تشتري الطعام على ان يؤدي الزوج ثمنه... ولو امتنع عن الانفاق عليها مـع اليسـر لـه لم يفرق ويبيع الحـاكم عليـه مالـه ويصـرفه في نفقتهـا فـان لم يجد مالـه يحبسـه حتـى ينفـق عليهـا ولا يفسخ).

[٢] المحلى (٩٢/١٠) وفيه:(ولو ان الزوج يمنعها النفقة او الكسوة او الصداق ظلمـا او لانـه فقـير لا يقـدر لم يجز لها منع نفسها منه من اجل ذلك) وفيـه ايضـا (٩١/١٠) (ومـن منـع النفقـة والكسـوة وهـو عليهـا فسواء كان غائبا او حاضرا هو دين في ذمته يؤخذ منه ابدا ويقضي لها به في حياته وبعد موته...).

[٣] الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية ١٤٤/٢. الخلاف للطوسي ٣٣٤/٢.

[٤] التاج المذهب:(٢٨٥/٢) وفيه:(وان غاب الزوج او تمرد عن انفاق زوجتـه فانـه ينفـق عليهـا الحـاكم مـن مال ذلك الغائب قدر ما تحتاج اليه مدة غيبته... وينفقها الحـاكم ايضـا مـن مـال الـزوج المتمـرد عـن الانفاق عليها ولو حاضرا... ويجسه الحاكم اذا طلبت منـه حبسـه للتكسـب. ولا يجـوز فسـخ النكـاح بينهما عندنا لعدم الانفاق سواء كان لغيبته او لتمرده او لاعساره او لعدم تكسبه...).

[٥] فتح القدير ٣٠٤/٤. بداية المجتهد ٤٣/٢.

[٦] الزيلعي ٥٤/٣ .

[٧] (وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة وان تصدقوا خيرا لكم ان كنتم تعلمون)(البقرة: ٢٨٠).

٣. ما كان عليه الصحابة من حالتي العسر واليسر، وكان المعسرون منهم اضعاف الموسرين ولم ترد واقعة يقضي فيها رسول الله ﷺ او الصحابة بالتفريق لعدم الانفاق.

مناقشة هذه الادلة:

١. دعوى ان ضرر الزوجة الناشئ عن عدم الانفاق اخف من ضرر الزوج المترتب على تفريق تَحَكُم وترجيح بلا مُرجح، بل العكس هو الاصح. ولان الإنسان يستطيع ان يعيش بلا المعاشرة الجنسية ولكن لا يمكنه ذلك مع الحرمان من النفقة، فلما جاز التفريق بالعنة فلان يجوز بالحرمان من النفقة اولى. ولان هذا الدليل يتعارض مع النصوص القرآنية الآمرة بالامساك بالمعروف منها قوله تعالى: ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾.[1]

٢. قوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ﴾[2] دليل خاص بالمعسر والخاص لا يثبت به حكم عام يشمل الموسر والمعسر على حد سواء. والى جانب ذلك فان التوفيق بينه وبين قوله تعالى: ﴿لاَ يُكَلِّفُ اللّهُ نَفْسًا إِلاَّ وُسْعَهَا﴾ يكون بمنح الخيار للزوجة في طلب التفريق اذا لم تستطع. ثم الدَين مذلة وعلى هذا الاساس سُمي القرض دينا فلا تُكلف الزوجة لتحمل هذه المذلة والاستدانة على حساب الزوج للانفاق على نفسها.

٣. وعدم وجود واقعة التفريق في عهد الرسالة والصحابة لا يكون حجة على عدم جواز التفريق بعدم الانفاق وذلك لما يلي:

أ - التفريق لا يكون الا بعد الطلب، ولم يثبت هذا الطلب من زوجة أيّ صحابي.

ب - ان زوجات الصحابة لم يعدمن النفقة بالكلية.

ج - الحياة تطورت، والنفوس تبدلت، والجانب المالي تغلب على الجانب الروحي خلافا لما كان عليه وضع الصحابة في صدر الإسلام، فلا يقاس ما عليه الإنسان في هذا العصر على ما كان عليه السلف الصالح في الماضي، فاجبار

---

[1] ﴿فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنْكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ ذَلِكُمْ يُوعَظُ بِهِ مَنْ كَانَ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مَخْرَجًا﴾(الطلاق: ٢).

[2] ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ وَأَن تَصَدَّقُواْ خَيْرٌ لَّكُمْ إِن كُنتُمْ تَعْلَمُونَ﴾ البقرة : ٢٨٠.

الزوجة اليوم على تحمل معاناة المعيشة الضنكى احراج لها وهو يتعارض مع قوله تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾.[١]

الراي الثاني: للزوجة طلب التفريق مطلقا (بعذر او بدونه).

أي لها ان تطلب التفريق قضاءاً لعدم الانفاق سواء أكان الزوج موسرا او معسرا، وسواء أكان حاضرا أم غائبا، فلها حرية اختيار احد الامرين (الصبر او طلب التفريق) اذا لم يتمكن القاضي من تأمين النفقة لها من مال الموسر.

وهذا ما تبناه فقهاء المالكية[٢] وبعض الحنابلة[٣]. وهم قالوا بالتفريق لعدم الانفاق مطلقا اذا توفرت الشروط التالية:

١. تقديم طلب من الزوجة او من ينوب عنها الى القضاء تطالب فيه الانفاق او التفريق.
٢. اثبات قيام الزوجية الصحيحة.
٣. اثبات استحقاق الزوجة للنفقة، وعدم قيام ما يحول دون ذلك [٤].
٤. عدم امكان تأمين النفقة من مال ظاهر للزوج.[٥]
٥. اعطاء مهلة للزوج حسب تقدير القاضي ليختار فيها الزوج احد الامرين اما الانفاق او الطلاق [٦].
٦. ان يمتنع الزوج عن الانفاق والطلاق معا بعد حكم القاضي عليه باختيار احد الامرين[٧].

---

(١) (وَجَاهِدُوا فِي اللَّهِ حَقَّ جِهَادِهِ هُوَ اجْتَبَاكُمْ وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ مِّلَّةَ أَبِيكُمْ إِبْرَاهِيمَ هُوَ سَمَّاكُمُ الْمُسْلِمِينَ مِن قَبْلُ وَفِي هَذَا لِيَكُونَ الرَّسُولُ شَهِيداً عَلَيْكُمْ وَتَكُونُوا شُهَدَاء عَلَى النَّاسِ فَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ وَآتُوا الزَّكَاةَ وَاعْتَصِمُوا بِاللَّهِ هُوَ مَوْلَاكُمْ فَنِعْمَ الْمَوْلَى وَنِعْمَ النَّصِيرُ)(الحج: ٧٨).

(٢) شرح الخرشي ٤/ ١٩٦ – ١٩٨. الشرح الصغير للدردير ٢ / ٨٤٥ فما بعدها. مواهب الجليل ٤ / ١٩٦

(٣) المغني ٧ / ٥٧٣ وما بعدها وفيه:(فان منعها ولم تجد ما تاخذه واختارت فراقه فرق الحاكم بينهما). الانصاف ٩ / ٣٩٠ وما بعدها الاقناع ٣ / ١٤٧.

(٤) الخرشي (٤ / ١٩١) وفيه :(المشهور ان الزوجة اذا منعت زوجها من الوطء بغير عذر فان نفقتها تسقط عنه. وكذلك تسقط نفقتها بمنعها الاستمتاع. او خرجت من محل طاعة زوجها بغير اذنه).

(٥) الخرشي (٤ / ١٩٧) وفيه: واذا كان له مال ظاهر اخذ منه كرها).

(٦) الخرشي (٤/ ١٩٧) وفيه: تلوم له باجتهاد الحاكم من غير تحديد بيوم او ثلاثة او شهر او شهرين)

(٧) العدوي المرجع السابق وفيه:(واما من لم يثبت عسره وهو يقر بالملا وامتنع من الانفاق والطلاق أي ولم يكن له مال ظاهر فانه يعجل عليه الطلاق على قول. ويسجن حتى ينفق عليها على اخر حكامهما

٧. ان يكون التفريق لعدم الانفاق بالنفقة الحاضرة اوا لمستقبلة، وليس لها طلب التفريق لنفقة متراكمة في ذمة الزوج [١].

والفرقة لعدم الانفاق عند المالكية تُعتبر طلقة رجعية أي ان للزوج حق الرجعة خلال العدة اذا استأنف الانفاق عليها. وهذا رأي وجيه نابع عن روح الشريعة الإسلامية.

واهم أدلة استند اليها من قال بالتفريق لعدم الانفاق مطلقا ما يلي:

١. قوله تعالى: ﴿فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾. وليس الامساك مع ترك الانفاق امساكا بمعروف فتَعيَّن التسريح.[٢]
٢. مرسل سعيد بن المسيب، حيث روى عن سفيان عن بن ابي الزناد قال: سألت سعيد بن المسيب عن رجل لا يجد ما يُنفق على امراته أيُفرق بينهما؟ قال: نعم. قال: سنة؟. قال: سنة. وهذا ينصرف الى سنة الرسولﷺ.
٣. امر عمر بن الخطاب ﷺ من غابوا عن نسائهم بأن يُنفقوا عليهن او يُطلقوا.
٤. القياس على التفريق للعجز الجنسي. قالوا: اذا ثبت الفسخ بالعجز عن الوطء – والضرر فيه اقل – فلأن يثبت بالعجز عن النفقة التي لا يقوم البدن الا بها اولى[٣].

الراي الثالث – التفصيل:

أي التفريق بين حالتي العجز والتعنت او بتعبير اخر بين حالتي العذر وعدم العذر، غير ان اصحاب هذا الراي لم يتجهوا الى منهج واحد في هذا التفصيل، بل انقسموا الى فريقين لكل اتجاه معاكس للاخر كما يلي:

ابن عرفة فان سجن ولم يفعل فانه يعجل عليه الطلاق). وفيه المغني (٧ / ٥٧٦) ((وان غيب ماله وصبر على الحبس ولم يقدر الحاكم له على المال ياخذه او لم يقدر على اخذ النفقة من المال الغائب فلها الخيار في الفسخ فقط وهو قول الخرشي واختيار ابي طالب)).

(١) المغني ٧/ ٥٧٥ وفيه:(وان اعسر النفقة الماضية لم يكن لها الفسخ لانها دين يقوم البدن بدونها فاشبه سائر الديون) وفي شرح الخرشي (٤ / ١٩٤):(اذا عجز الزوج عن النفقة الحاضرة او المستقبلة لمن يريد السفر دون الماضي).

(٢) المغني ٧ / ٥٧٣.

(٣) المرجع السابق.

أ- قال فريق بالتفريق لعدم الانفاق من الفقير العاجز. اما اذا كانت لسلبية الزوج في الانفاق لتعنته دون عجزه وفقره فلا سلطان لارادة الزوجة في المطالبة بالتفريق لامكان الحصول على النفقة بوساطة القضاء وهذا هو الراجح لدى الشافعية[1] والمختار للقاضي من الحنابلة [2].

واستدلوا بادلة منها:

١- الزوج الموسر يمكن استيفاء النفقة من ماله عن طريق القضاء. وبناء على ذلك ان غاب وانقطع خبره لم يثبت لها الفسخ لان الفسخ يثبت بالاعسار ولم يثبت [3].

٢- ما رواه ابو هريرة رضي الله عنه من ان النبي ﷺ قال: في الرجل لا يجد ما ينفق على امراته يفرَّق بينهما. ويناقش هذا الرأي بأن سبب التفريق الحقيقي هو ضرر الزوجة الناشئ عن عدم الانفاق فالسبب قائم سواء اكان الزوج معسرا ام موسرا متعنتا، ما دامت الزوجة محرومة من النفقة.

ب- وقال فريق للزوجة طلب التفريق اذا كان عدم الانفاق من زوج موسر متعنت لأنه ظالم، دون العاجز الفقير لانه معذور فلا يعامل معاملة الظالم. وهو اختيار ابن تيمية وابن القيم من الحنابلة [4] وقال به بعض المتاخرين من فقهاء الجعفرية [5] وجل ادلتهم:

---

(١) المهذب ٢/ ١٦٣ وفيه: (اذا اعسر الزوج بنفقة المعسر فلها ان تفسخ النكاح. وان كان الزوج موسرا وامتنع من الانفاق لم يثبت لها الفسخ لانه يمكن الاستيفاء بالحاكم).

(٢) المحرر ٢/١١٦ وفيه: (اذا امتنع الموسر النفقة او بعضها وتعذر دفع النفقة من ماله قال القاضي ليس له ذلك (طلب التفريق) بخلاف المعسر).

(٣) نهاية المحتاج ٧/٢٠٧ وفيه: (الاصح لا فسخ بمنع موسر — او متوسط حضر او غاب). وللشافعية وجه اخر بالنسبة للغائب حيث قال بعض اصحاب الشافعي: اذا انقطع خبر الغائب يثبت لها الفسخ لان تعذر النفقة بانقطاع خبره كتعذرها بالاعسار. المهذب ٢/١٦٣.

(٤) قال ابن قيم (زاد المعاد ٣/٥١): (ان الزوج اذا كان قادرا على الانفاق ولم ينفق ولم تقدر زوجته ان تاخذ من نفقتها كان لها ان تطلب الفسخ وليس لزوجة الفقير ذلك الا اذا غرها حين العقد وقال لها: انه ثري ثم تبين انه فقير معدم فلها في هذه الحالة ان تطلب الفسخ ايضا).

(٥) يقول الاستاذ جواد مغنية في كتابه (الزواج والطلاق في المذاهب الخمسة) ص ١٩٢: (افتى السيد ابو الحسن في (الوسيلة)، والسيد محسن الحكيم في رسالة (منهاج الصالحين): بانه لو كان الزوج ممتنعا عن الانفاق مع اليسار ورفعت امرها الى الحاكم الزمه بالانفاق او الطلاق واذا امتنع ولم يمكن الانفاق عليها من ماله ولا اجباره على الطلاق فالظاهر ان للحاكم ان يطلقها اذا ارادت الطلاق .

قوله تعالى: ﴿لاَ يُكَلِّفُ اللّهُ نَفْسًا إِلاَّ وُسْعَهَا﴾ وقوله تعالى:(وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة).

ويناقش هذا الاستدلال بان الاية الاولى حجة بيد الزوجة لطلب التفريق وان الثانية متعلقة بالديون في المعاملات المالية. ومن الجدير بالذكر ان ابن حزم الظاهري (رحمه الله) قال: بوجوب نفقة الزوج الفقير العاجز على زوجته المتمكنة ماليا [1].

وارى انه راي مصدره روح الشريعة الإسلامية وادعو المشرع في البلاد الإسلامية الاخذ به وتثبيته في قوانين الأحوال الشخصية.

الاستنتاج والترجيح:

اولا: الاستنتاج:

نستنتج من العرض السابق ان سبب اختلاف الفقهاء في التفريق لعدم الانفاق يعود الى عدم وجود نص صريح من جهة، والتعارض بين القياس والاستصحاب من جهة اخرى، بالاضافة الى الاختلاف في ان علة الحكم هل هي ضرر الزوجة فقط او هو مع سوء قصد الزوج ؟

فمن قال بعدم التفريق: تمسك بعدم وجود النص، وبترجيح الاستصحاب على القياس. ومن قدم القياس وقاس عدم الانفاق على العنة مثلا لاشتراكهما في علة الحكم (الضرر) قال بالتفريق. ومن لم يفرق بين حالتي الاعسار واليسار اعتبر علة الحكم هي ضرر الزوجة فقط ومن فرق بينهما وقال بالتفريق في حالة اليسار دون الاعسار قال ان العلة هي ضرر الزوجة وسوء قصد الزوج معا.

ومن قال بعكس ذلك قال ان العلة هي الضرر فقط، وهو قابل للزوال في حالة يسار الزوج عن طريق القضاء بخلاف حالة الاعسار ففيها لا يزول الا بالتفريق.

---

[1] المحلى ٩٢/١٠ وفيه: فان عجز الزوج عن نفقة نفسه وامراته غنية كلفت النفقة عليه ولا ترجع عليه بشيء من ذلك ان ايسر... برهان ذلك قول الله ﷻ :(وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف لا تكلف نفس الا وسعها لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده وعلى الوارث مثل ذلك) قال علي : الزوجة وارثة فعليها نفقته بنص القران).

ثانيا: الترجيح:

والذي اراه الاولى بالاختيار هو الاخذ بقول ابن حزم الظاهري في حالة عجز الزوج البدني والمالي عن الانفاق، ومقدرة الزوجة المالية على الانفاق على نفسها وزوجها واولادها لان رابطة الزوجية رابطة روحية فطابع الدوام فيها يقوم على اساس التعاون والمودة فعلى المراة الكريمة ان تشاطر زوجها في السراء والضراء، وان تقاسمه في الالام والافراح.

والفقر ليس عيبا ولا نقصا يقلل من قيمة الإنسان. والمال غاد ورائح وزيد: ﴿فَأَمَّا الزَّبَدُ فَيَذْهَبُ جُفَاءً وَأَمَّا مَا يَنفَعُ النَّاسَ فَيَمْكُثُ فِي الأَرْضِ﴾[1] وفي حالة اعسار كليهما على الدولة تأمين عيشهما من خزينة الدولة (بيت المال) لان الضمان الاقتصادي للعجزة في المجتمع من اهم واجبات الدولة.

واذا كان الزوج فقيرا وقادرا على العمل فعلى الدولة ايضا تأمين عمل شريف له.

وفي حال تعنت الزوج الموسر يجب ان يعطي للزوجة حق طلب التفريق لرفع الغبن عنها لان ازالة الضرر ورفع الظلم من واجبات القضاء. وذلك بعد اعطاء الزوج مهلة كافية لاستيقاظ ضميره ورجوعه الى استئناف الانفاق على شريكة حياته. واذا ابى الزوج الانفاق والطلاق وطلبت الزوجة التفريق فعلى القاضي استجابة طلبها على ان يعتبر التفريق طلقة رجعية آخذا برأي الامام مالك (رحمه الله) وذلك لاعطاء فرصة اخرى للزوجة لاستئناف الحياة الزوجية بعد تقديم تعهد بالاستمرار على الانفاق.

ثانيا – حرمان الزوجة من المعاشرة:

الحالة الثانية للضرر الارادي هي حرمان الزوجة من التمتع بالمعاشرة الزوجية مع زوجها وهي انسان لها ما للرجل من الحق في التمتع بلذة الحياة الجنسية وغيرها بطريقة مشروعة، فحرمانها من هذا الحق بارادة الزوج مباشرة او تسببا يعطيها الخيار بين تحمل معاناة هذا الضرر، وبين مطالبة القاضي بازالته لانه ظلم ورفع الظلم في هذا الباب من اختصاص القاضي.

---

[1] (أنزَلَ مِنَ السَّمَاء مَاء فَسَالَتْ أَوْدِيَةٌ بِقَدَرِهَا فَاحْتَمَلَ السَّيْلُ زَبَداً رَّابِياً وَمِمَّا يُوقِدُونَ عَلَيْهِ فِي النَّارِ ابْتِغَاء حِلْيَةٍ أَوْ مَتَاعٍ زَبَدٌ مِّثْلُهُ كَذَلِكَ يَضْرِبُ اللّهُ الْحَقَّ وَالْبَاطِلَ فَأَمَّا الزَّبَدُ فَيَذْهَبُ جُفَاء وَأَمَّا مَا يَنفَعُ النَّاسَ فَيَمْكُثُ فِي الأَرْضِ كَذَلِكَ يَضْرِبُ اللّهُ الأَمْثَالَ)(الرعد: ١٧).

والهجر بالغيبة التي تشمل حالات الفقدان والاسر والحبس، لان كل مفقود وكل أسير وكل سجين غائب عن زوجته. ثم ان هذه الحالات ليست هي السبب للتفريق وانما السبب الحقيقي هو الضرر الناشئ عن فراق الزوج، وحرمان الزوجة من النفقة بسبب الغيبة والفقدان والاسر والحبس، هو نفس الحرمان في حالة حضور الزوج من حيث الحكم، ما دام لم يترك مالا يُنفق منه على الزوجة لذا لا داعي لاعادة الخلاف المذكور في التفريق لعدم الانفاق بل نقتصر على حكم الضرر الناشئ من حرمان الزوجة من التمتع بالمعاشرة الزوجية في هذه الحالات وقد اختلف فقهاء المسلمين في التفريق لهذا الضرر على رأيين احدهما: رفض التفريق مطلقا، والثاني الاخذ بالتفصيل:

الراي الاول – الذي يعطي جميع صور الغياب حكما واحدا هو عدم جواز التفريق بالغياب من القاضي الا بعد ان يموت اقران الغائب في السن، فعندئذ للقاضي ان يحكم بوفاته اسوة بهم فتعتد زوجته عدة الوفاة.

وهذا الاتجاه هو ما تبناه فقهاء الحنفية، والظاهرية، وجمهور الزيدية، والشافعي في قوله الجديد كما في الايضاح الاتي:

قال الحنفية:

لا يفرق بين المفقود وبين زوجته لقول النبي ﷺ في امراة المفقود: (انها امراته حتى يأتيها البيان)[1]، ولقول علي بن ابي طالب ﷺ فيها هي امراته ابتليت فلتصبر حتى يتبين الموت او الطلاق. ولان النكاح ثابت باليقين والموت في حيز الاحتمال فاليقين لا يزول بالشك. ولان عمر بن الخطاب ﷺ رجع عن رأيه القائل بالتفريق بعد تأجيل اربع سنوات واتفق مع علي في رفض التفريق.

ولان الغيبة لا تقاس على الايلاء لانه طلاق معجل ولا على العنة لان الغيبة يتوقع زوالها بخلاف العنة،[2] وبناء على كل ذلك يحكم القاضي بموت الغائب الذي لا يُعرف مصيره بعد موت أقرانه، واما الغائب المعروف مكانا ومصيرا فيُجبر على الطلاق او الرجوع.

ومن نافلة القول ان نقول انه راي يتعارض مع روح الإسلام ومع النصوص الامرة بوجوب ازالة الضرر ورفع غبن المتضرر.

---

[1] السلسلة الصحيحة للألباني ٣٣٤١

[2] انظر الهداية شرح بداية المبتدى للمرغيناني طبعة البابي الحلبي القاهرة ٢ / ١٨١.

الظاهرية:

قال ابن حزم [١]: لا يجوز فسخ نكاح احد بغيبته، ولا ايجاب عدة من لم يصح موتـه، ولا ان يُطلق احد عن غيره. وطعن فيما روي عن عمر بن الخطاب مـن التأجيـل لأربـع سـنوات ثـم التفريق بأنه رواية ضعيفة...

ولا يحل تحريم فرج اباحه الله للزوج، وتحليله لمن حرمه الله عليه مـن سـائر الرجـال بغـير قرآن ولا سنة.

الشافعية:

قال ابو اسحاق الشيرازي[٢]: وفي القول الجديد (أي للشافعي) وهو الصحيح انه لـيس لهـا الفسخ قياسيا على قسمة ماله، حيث لا يجوز الحكم بموته في قسـمة امواله، وكـذلك لم يجـز الحكم بموته في نكاح زوجته.

الزيدية:

تمسك جمهور فقهاء الزيدية بالقاعدة التي وردت على لسان رسول الله ﷺ (الطـلاق لمـن لزم بالساق)[٣]. وبأن الزواج الثابت بالكتاب والسنة لا ينتهي الا بالطلاق او الموت [٤].

الراي الثاني — هو التفصيل: أي اعطاء كل صورة من صور الغياب حكمها الخاص وهـذا ما اختاره فقهاء المالكية، والجعفرية، والحنابلة، وبعض فقهاء الزيديـة، والشـافعي في قوله القديم، وسعيد بن المسيب ومن حذا حذوهم.

المالكية:

اتى فقهاء المالكية في موضوع التفريق بالغياب بتفصيل لا نجـده في أي فقـه اخـر كمـا يتبين من الايضاح الاتي:

أ- المفقود خمسة اقسام ولزوجة في كلٍ حكم خاص:

١- مفقود بلاد الإسلام في غير وقت انتشـار الوبـاء وفي ظـرف طبيعـي: تعتـد

---

(١) انظر المحلى ١٠/١٣٩ — ١٤٣.

(٢) المهذب ٢ / ١٤٦.

(٣) وفي رواية (لمن اخذ بالساق).

(٤) انظر تاج المهذب ٢ / ٢٨٥. البحر الزخار ٣ / ١٦٥ الروض النضير ٤ / ٤٢٨ — ٤٣٠.

زوجته عدة الوفاة بعد التاجيل اربع سنوات[1] من رفع امرها الى القضاء او جماعة من المسلمين عند عدم وجود القاضي.

٢- مفقود بلاد الإسلام وقت انتشار الطاعون او أي مرض اخر مهلك: تعتد زوجته عدة الوفاة بعد ذهاب الوباء لغلبة الظن بموته.

٣- مفقود المعترك بين المسلمين: تعتد زوجته عدة الوفاة بعد انفصال الصفين اذا شهدت البينة انه حضر صف القتال، والا حكمه كالمفقود في بلاد الإسلام المتقدم ذكره.

٤- مفقود المعركة بين المسلمين والكفار: تعتد زوجته عدة الوفاة بعد سنة اعتبارا من رفع الامر الى القضاء عند البعض، وبعد نظر القاضي في شانه والسؤال والتفتيش عنه بحيث يغلب على ظنه عدم حياته، عند بعض الاخرين.

٥- مفقود ارض الشرك والكفر: حكمه حكم الاسير الذي في الفقرة التالية.

ب- الغائب الاسير: تتربص زوجته حتى يموت اقرانه فيحكم القاضي بموته لانه لا يستطيع التفتيش عنه ومعرفة مصيره.

ومن البدهي ان هذا كان بالنسبة الى عصرهم واما اليوم فان باستطاعة القاضي معرفة مصير الاسير عن طريق المنظمات الدولية منها الصليب الاحمر.

ج - الغائب الذي يُعرف مكانه وخبره ويُمكن الاتصال به عن طريق وسائل الاعلام يأمره القاضي بطلب من زوجته اما بالرجوع الى زوجته او نقلها اليه او طلاقها وله ان يعطيه مهلة حسب اجتهاده، فان ابى كل ذلك بعد انتهاء المهلة طلّق عليه القاضي على ان لا تقل مدة الغياب عن سنة عند بعض وان لا تزيد عن ثلاث سنوات عند بعض الاخرين من فقهاء المالكية.

والتأجيل في جميع الصور المذكورة مشروط بشرطين:

الاول: ان تتوفر النفقة للزوجة، والا فلها طلب التفريق لعدم الانفاق.

الثاني: عدم خشية الزوجة في وقوعها في الخطيئة والاثم نتيجة حرمانها من معاشرة زوجها والا فللقاضي السلطة التقديرية في التفريق دون التقيد بمدة

---

[1] هذا التحديد ماخوذ من قضاء عمر بن الخطاب. او من اقصى مدة الحمل في نظرهم او من اقصى مدة البريد ذهابا وايابا في زمنهم.

معينة للتاجيل.

وتصدق الزوجة في دعوى خشية الزنا، وفي دعوى تحديد مكان الزوج، وامكان الاتصال به عن طريق البريد والاعلام، وفي تضررها من غياب الزوج لان كل ذلك من الامور التي لا تُعلم الا منها.

د- الحاضر الذي هجر زوجته ومعاشرتها الجنسية دون مبرر وبقصد الاضرار بها: يسري عليه حكم الايلاء عند المالكية وان لم يقترن ذلك باليمين، فللقاضي ان يامره بالمعاشرة او الطلاق فان ابى طلق عليه بطلب من الزوجة بعد مضي اربعة اشهر [1].

هـ- المتفرغ للعبادة التارك لمعاشرة زوجته بصورة كلية: للقاضي ان يطلق عليه بطلب من زوجته ان ابى الرجوع الى المعاشرة او الطلاق.

جاء في مختصر خليل: (واجتهد[2] وطلق في لأعزلن، او لأبيتن، او ترك الوطء ضررا وان كان غائبا، او سرمد العبادة بلا اجل على الاصح).[3]

و- اذا تعاطى الزوج دواء لقطع القوة الجنسية، او لعلاج مرض وهو يعلم ان هذا الدواء يقطعها او يُشك في ذلك ثم تحققت هذه النتيجة يحق لزوجته طلب التفريق [4].

الجعفرية:

قالوا: لا خيار لزوجة الغائب في حالتين:

الاولى: اذا كان الغائب معروف الخبر بان يُعرف انه لا يزال على قيد الحياة.

الثانية: ان يكون مجهول الخبر ولكن له ولي يُنفق على زوجته.

فان جهل خبره ولم يكن من ينفق عليها: فان لم تصبر رفعت امرها الى القاضي وعليه ان يؤجل التفريق لمدة اربع سنوات، وان يفتش عنه ويستفسر عن مصيره.

ا- فان عرف حياته فعليها الصبر ابدا وعلى الامام ان ينفق عليها من بيت المال.

---

(١) بالنسبة للايلاء المدة تعتبر من ترك المعاشرة، وارى في هذه القضية ان تعتبر المدة من رفع دعوى الزوجة.

وللاطلاع على تفاصيل اقسام المفقود والغائب يراجع الخرشي ١٤٩/٤ – ١٥٣ وانظر الشرح الصغير مع الصاوي ٢ / ٤٦٩.

(٢) أي اجتهد القاضي واستخدم سلتطه في ضوء ظروف القضية وحاجة الزوجة.

(٣) مختصر خليل وشرحه الخرشي ٩٣/٤.

(٤) انظر شرح الخرشي ٤ / ٩٣، ٩٤، ١٤٩، ١٥٠، ١٥٢، ١٥٣. الشرح الصغير مع حاشية الصاوي ٤٦٩/٢ – ٤٧١.

ب-وان لم يعرف مصيره من الحياة او المماة امرها بان تعتد عدة الوفاة بعد انتهاء الاجل (الاربع السنوات) ثم لها ان تتزوج.

فان لم تتزوج ورجع الزوج بعد ذلك فلهم قولان اظهرهما لا سبيل له عليها لانقطاع علاقة الزوجية بحكم القضاء.[١]

الحنابلة:

ذهب فقهاء الحنابلة في التفريق بالغيبة الى التفصيل الاتي:

ا- الغائب المفقود في ظرف يغلب فيه الهلاك كظرف الحرب تتربص الزوجة اربع سنوات ثم تعتد للوفاة. قال المرداوي:[٢] هذا هو المذهب وعليه جماهير الاصحاب. وتبدأ مدة التربص من الفقدان تلقائيا دون حاجة الى اللجوء للقضاء في رواية اعتبرها بعض فقهاء الحنابلة هي الاصح.[٣] وفي رواية اخرى تبدأ من رفع أمرها الى القاضي ليحكم بالتربص وبعدة الوفاة بعد التربص اربع سنوات.

ب-الغائب المفقود في حالة تغلب فيها السلامة على زوجته ان تتربص حتى يثبت موته. فلا تفريق لها ما دام الانفاق عليها ممكنا والا لها ذلك لعدم الانفاق لا للغياب.[٤]

ج- لزوجة الاسير حكم زوجة المفقود في الظروف الطبيعية [٥].

د- واذا لم تكن الغيبة منقطعة ليس لها التفريق الا ان يتعذر الانفاق عليها من ماله.[٦]

هـ- وروى عن الامام احمد القول بالتفريق لزوجة الغائب المعروف مكانه ومصيره اذا لم يكن الغياب بعذر بعد انذاره من القاضي بالرجوع او ترحيل الزوجة اليه او الطلاق استنادا الى قضاء عمر بضرورة رجوع الزوج الغائب الى زوجته بعد مضي أربعة أشهر وان كان غيابه بعذر.

---

(١) ايضاح الفوائد شرح اشكالات القواعد ٣/٣٥٣. المختصر النافع ص ٢٢٥.
(٢) الانصاف ٩/٢٨٨.
(٣) المرجع السابق ٩/٢٨٩.
(٤) المرجع السابق ٩ / ٢٨٨.
(٥) المرجع السابق.
(٦) المغني لابن قدامة ٧/٤٨٨.

بعض فقهاء الزيدية:

ذهب البعض من الزيدية الى انه اذا طالت مـدة الغيبـة وكانـت الزوجـة تتضـرر بـترك النكاح فالفسخ لذلك جائز لانه اذا جاز للعنة فجوازه للغيبة الطويلة اولى، ولانه قد علم من نصوص الكتاب والسنة تحريم الامساك ضرارا.[1]

والنهي للازواج عن الضرار في غير موضع فوجب دفع الضرر عن الزوجة بكـل ممكـن[2]. ويلاحظ ان هذا الاتجاه للزيدية لم يحدد المدة وانما ترك الامر لتقـدير القاضـي حسـب ظـروف الزوجة وفي ضوء ملابسات الغياب.

الشافعي في قوله القديم:

ذهب الشافعي في قوله القديم الى القول بـالتفريق والفسـخ لزوجـة المفقـود فقـط بعـد التربص اربع سنوات لما روى عمرو بن دينار من ان امـراة رجـل مفقـود اتـت الى عمـر بـن الخطاب فأمرها ان تمكث اربع سنوات ثم أمرها ان تعتد ثم تتزوج.[3] ويُفهم من هـذا السـند للشافعي ان التربص يكون من تأريخ رفـع الامـر الى القضـاء. وقـد اسـتند الشـافعي الى القياس ايضا فقال: اذا جاز الفسخ لتعذر الوطء بالتعنين وتعذر النفقة بالاعسار، فلأن يجوز هَهنا وقد تعذر الجميع اولى.[4]

سعيد بن المسيب:

قال سعيد بن المسيب اذا فقد في الصف [5] تؤجل زوجته سنة ثم يفرق بينهما وفي غير هذا الظرف أي في حالة تغلب فيها السلامة تؤجل اربع سنوات ثم يفرق بينهما.[6]

---

(1) كما في قوله تعالى (ولا تمسوهن ضرارا لتعتدوا) سورة البقرة: ٢٣١.
(2) انظر الروضة الندية ٢/٥٦.
(3) المهذب ٢/١٤٦.
(4) المهذب المرجع السابق.
(5) أي صف الحرب.
(6) المغني لابن قدامة ٧/٤٩٠، المحلى لابن حزم ١٠ / ١٤٠.

الاستنتاج:

نستنتج من هذا العرض ان منشأ خلاف الفقهاء في التفريق بالغيبة هو تعارض بعض الاثار مع ظاهر نصوص القرآن الكريم كتعارض ما روي من ان الرسول ﷺ قال في امرأة المفقود: (انها امراته حتى يأتيها البيان) مع ظاهر قوله تعالى: ﴿فامسكوهن بمعروف﴾.[١]

ومن جهة اخرى تعارض اقضية الصحابة كالخلاف بين قضاء علي بن ابي طالب بخلاف ذلك وغيره.

وكذلك تعارض القياس على العنة وعدم الانفاق والايلاء مع الاستصحاب (الثابت باليقين لا يزول الا باليقين).

ثم تعارض وجهة نظر الفقهاء انفسهم في النظر الى الضرر المعنوي (حرمان الزوجة من التمتع بلذة المعاشرة) فمنهم من اعار له الأهمية ولم يفرق بين هذا الضرر المعنوي والضرر المادي (الحرمان من النفقة) ومنهم من لم ياخذ الا بالضرر المادي فقط ولكل وجهة هو موليها والله اعلم بالصواب.

الترجيح:

الافقة هو ما ذهب اليه الامام سعيد بن المسيب (رحمه الله) في ان الزوج اذا فُقد في ظرف يغلب فيه الموت فالقاضي يحكم بالتفريق بعد سنة من الفقدان لا من رفع الدعوى حتى لا تتضرر الزوجة ان رغبت في التفريق بتقديم طلب منها او من ينوب عنها، والا فان كان الفقدان في ظرف اعتيادي يكون التفريق بعد تأجيل اربع سنوات من تأريخ الفقدان ايضا، والأسر ان عُرف مصيره تؤجل زوجته اربع سنوات إن لم تخش عليها الفتنة والا فللقاضي ان يتصرف في ضوء ظروف الزوجة.

والغياب بحبس لمدة تزيد على اربع سنوات ان طلبت زوجته التفريق تؤجل سنة من تأريخ تنفيذ الحكم. والغائب المعذور المعروف مصيره ومكانه ويتطلب عذره غياب مدة تزيد على اربع سنوات يُعطى لزوجته حكم زوجة المحبوس والغائب المعروف مكانا ومصيرا ولم يكن له عذر، لزوجته حق التفريق بعد الانذار ومضى سنة على غيابه، اخذا بما ذهب اليه بعض المالكية وذلك بغض النظر عن المدة التي يستغرقها غيابه.

---

[١] ﴿فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ ذَٰلِكُمْ يُوعَظُ بِهِ مَن كَانَ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَمَن يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَل لَّهُ مَخْرَجًا﴾(الطلاق: ٢).

والحاضر الذي هجر زوجته دون مبرر وتضررت الزوجة من اجراء ذلك، يعامل معاملة المولي، فللقاضي التفريق بينهما بعد الانذار والمهلة التي يُقررها القاضي حسب اجتهاده، على ان تبدأ بعد مضي أربعة اشهر (مدة الايلاء) وفقا لما قاله المالكية من ان احكام المولي تسري على من يهجر زوجته عمدا وان لم يقترن ذلك باليمين. وذلك اخذا بعموم النصوص الامرة برفع الحرج، وازالة الضرر، ومقاومة الظلم، ورفع الغبن، وعدم التفريق بين الضرر المادي والضرر المعنوي للمتضرر.

ولان القرآن الكريم حدد الحد الادنى لمطالبة الزوجة بحق المعاشرة اذا حُرمت منها بأربعة اشهر في قوله تعالى: ﴿لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِنْ فَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ، وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾[١].

ولان عمر بن الخطاب رضي الله عنه في عهد خلافته سأل نساءاً (ويقال انه سأل بنته حفصة): كم تصبر المرأة على الزوج؟ فقلن: شهرين، وفي الثالث يقل الصبر، وفي الرابع ينفذ الصبر. فكتب الى امراء الاجناد: ان لا تحبسوا رجلا عن إمراته أكثر من أربعة اشهر.

وقد قضى بذلك بعد ان كان يطوف ليلة في المدينة المنورة فسمع امراة تقول:

تطاول هذا الليل وازورَّ جانبه[٢] وليس الى جنبي خليل أُلاعبه[٣]
فوالله لو لا الله لا شيئ غيره[٤] لزعزع[٥] من هذا السرير جوانبه
مخافة ربي والحياء يكُفّني واكرِمُ بَعلي ان تُنال مراكبه[٦]

ثالثا – التفريق لمعصية يرتكبها احد الزوجين:

لهذه المعصية نماذج كثيرة في الفقه الإسلامي منها: الايلاء، واللعان[١] وردة احد الزوجين، وإباء احدهما الدخول في الإسلام بعد اعتناقه من قبل الاخر...

---

(١) سورة البقرة: ٢٢٦، ٢٢٧
(٢) أي انحرف وعدل. وفي رواية: واسود جانبه.
(٣) وفي رواية: وطال علي ان لا خليل الاعبه.
(٤) وفي رواية: فو الله لو لا خشية الله وحده.
(٥) زعزعه: حركة شديدا.
(٦) انظر المغني لابن قدامة ٧ / ٣٠١.

وقد سبق بيان احكام الايلاء مفصلا فلا موجب للاعادة. ولنا بالنسبة الى البقية الايضاح الاتي:

١- اللعان[٢]:

قد يتهم الزوج زوجته بالخيانة الزوجية بصورة مباشرة، او بطريقة غير مباشرة بأن ينفي نسب حملها او ولدها فيقول: هذا الحمل او ذاك الولد ليس مني. وهذا الاتهام قذف، فالمفروض ان تسري عليه احكامه الواردة في قوله: ﴿والذين يرمون المحصنات ثم لم ياتوا باربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا واولئك هم الفاسقون﴾[٣].

غير ان الحكمة الالهية شاءت ان تكون العقوبة بطريقة اخرى حيث تسربت الشكوك الى كيان العائلة، فاستمرار الحياة الزوجية يؤدي الى نتائج سلبية تنعكس اثارها على الاولاد وبالتالي على المجتمع.

وتأسيسا على هذه الحقيقة وغيرها قال سبحانه وتعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلاَّ أَنفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنْ الصَّادِقِينَ(٦)وَالْخَامِسَةُ أَنَّ لَعْنَةَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنْ الْكَاذِبِينَ، وَيَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنْ الْكَاذِبِينَ، وَالْخَامِسَةَ أَنَّ غَضَبَ اللَّهِ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنْ الصَّادِقِينَ﴾[٤]. وبمقتضى هذه الايات التي بينت كيفية اللعان يجب ان تتم الاجراءات التالية:

١- ان يكون اللعان امام الحاكم او نائبه لان الأيمان والشهادات لا تكون من حيث الحجية الا امام القضاء.

٢- ان يأمر الحاكم او نائبه كلا من المتلاعنين بأن يأتي بالفاظ اللعان الواردة في هذه الايات فيقول الزوج اربع مرات: اشهد بالله انه لمن الصادقين فيما اتهم به زوجته. ثم

---

(١) الايلاء وموجب اللعان من اعمال المعصية اما الايلاء فواضح لما فيه من ظلم الزوجة دون مبرر. واما اللعان فلان احد الزوجين متلبس بالجريمة: جريمة الكذب او جريمة الزنا كما نص على ذلك الرسول ﷺ وقال للمتلاعنين:(وحسابكما على الله احدكما كاذب لا سبيل لك عليها). نيل الاوطار ٦ / ٣٠٤.

(٢) اللعان: مصدر لاعن يلاعن ملاعنة ماخوذ من اللعن وهو الطرد والابعاد. ووجه المناسبة بين المعنى اللغوي والشرعي هو بعد الزوجين من الرحمة او بعد كل منهما من الاخر بحيث لا يجتمعان ابدا. عمدة القارئ شرح صحيح البخاري ٢٠/ ٢٨٩.

(٣) سورة النور: ٤.

(٤) سورة النور: ٦،٧،٨،٩.

يقول للمرة الخامسة: لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين. وتقول الزوجة اربع مرات: اشهد بالله أنه لمن الكاذبين فيما رماني به. وفي المرة الخامسة تقول: عليها غضب الله إن كان من الصادقين.

٣- ان يتقدم لعان الزوج على لعان الزوجة اتباعا لنظم الكتاب الكريم، واقتداء بفعل الرسول العظيم ﷺ، ولان لعانها انما يكون لدرء العذاب عنها وهو لا يتوجه اليها الا بعد لعان الزوج.

٤- موالات كلمات اللعان.

٥- تعيين كل من المتلاعنين لصاحبه بالإشارة او المواجهة او العنوان الكامل.

آثار اللعان:

لا خلاف [١] بين فقهاء المسلمين في انه يترتب على اللعان بعد تمامه من الزوجين الاثار الاتية:

١- تحريم الزوجة على الزوج مدى الحياة.

٢- سقوط عقوبة القذف على الزوج، وعقوبة الزنا على الزوجة حيث لم تثبت التهمة بالبينة.

٣- انتفاء نسب الولد او الحمل من الاب بحكم القاضي.

٤- الفرقة بين الزوجين بعد حكم القاضي.

وانما الخلاف في هذين الاثرين الاخيرين هل يترتبان على اللعان وان لم يتصل به حكم القاضي او لا؟ كما في التفصيل الاتي:

١- قال الحنفية [٢]: - عدا زفر -، والزيدية [٣]، والحنابلة في احدى الروايتين للامام احمد [٤]: ان اللعان متى وجب تم بين الزوجين بصورة صحيحة ولم يطرأ عليه ما يبطله لا يترتب عليه الفرقة تلقائيا ولا قطع النسب الا بعد ان يتصل به قضاء القاضي. فقبل هذا

---

(١) أي خلافا يعتد به والا فقد ذهب عثمان البتي الى انه لا تقع الفرقة باللعان ولا بالقاضي وانما يوقعها الزوج. وقال ابو عبيد الفرقة تقع بنفس القذف وان لم يكن هناك لعان. انظر عمدة القارئ شرح صحيح البخاري ٢٠/٢٩٥.

(٢) بداية المبتدى وشرحه الهداية مع فتح القدير ٤/٢٨٥-٢٨٦.

(٣) التاج المذهب ٢/٢٦٣-٢٦٤.

(٤) المغني لابن قدامة ٧/٤١٠.

الحكم الزوجية قائمة، والنسب باق. وبناء على ذلك اذا تأخر حكم القاضي او تعذر لسقوط اللعان صحّ طلاق الزوج لهذه الزوجة، وظهاره، وايلاوه، ويتوارثان واستدلوا على ذلك بالحديث الشريف، وبالقياس، وبالاستصحاب.

الحديث:

هناك روايات كثيرة تدل على ان الرسول ﷺ تولى بنفسه الحكم بالتفريق بين المتلاعنين بعد لعانهما، ومنها:

ما روي عن نافع عن ابن عمر (رضي الله عنهما) من ان النبي ﷺ لاعن بين رجل وامراته فانتفى من ولدها ففرق بينهما وألحق الولد بالمراة.[١] وما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما من انه قال: لاعن النبي ﷺ بين رجل وامراة من الانصار ففرق بينهما.[٢]

وما روي عن عبيد الله عن نافع ان ابن عمر اخبره ان رسول الله ﷺ فرّق بين رجل وامراته قذفها واحلفهما [٣].

وما روي من ان عويمر العجلاني قال بعد اللعان: كذبت عليها يا رسول الله ان امسكتها فطلقها ثلاثاً قبل ان يأمره رسول الله ﷺ.[٤]

وجه الاستدلال:

ان الروايات الثلاث الاولى تدل صراحة على ان الرسول ﷺ قضى بنفسه بالتفريق بين المتلاعنين بعد لعانهما، وذلك يكفي لاثبات ان الفرقة تقع بعد قضاء القاضي.

ويُفهم من طلاق عويمر بعد اللعان وسكوت الرسول ﷺ ان الفرقة لم تقع بمجرد لعانهما والا فلا يبقى مبرر للطلاق.

---

(١) عمدة القارئ شرح صحيح البخاري للعيني ٢٠/٣٠١ نيل الاوطار ٦/٢٩٩.
(٢) عمدة القارئ المرجع السابق ٢٠/ ٢٩٥، فتح الباري شرح صحيح البخاري ٩/٤٥٨.
(٣) عمدة القارئ المرجع السابق.
(٤) نيل الاوطار ٦/ ٣٠٠.

القياس:

قالوا: اللعان اما شهادة مؤكدة باليمين واما يمين وكل منهما لا اثـر لـه في زوال الحق ما لم يتصل بالقضاء. قياسا على الشهادات والايمان في القضايا الاخرى التي لا يترتب عليها الاثار الا بعد حكم القاضي.

الاستصحاب:

قالوا: ان حكم الزواج ثابت بسبب شرعي (عقد الزواج) يقينا ولا يزول الا بسبب شرعي (الطلاق)، واذا وجبت ازالته، وامتنع الزوج، او عجز قام القاضي مقامه.

٢- وذهب المالكية [1] والجعفرية [2] والظاهرية [3]، وزفر من الحنفية [4]، ورواية للحنابلـة [5] الى ان الفرقة تتم بتمام لعان الزوجين. واستدلوا على ذلك بالحديث وبالقياس.

الحديث:

كما توجد روايات في الاحاديث الشريفة تؤيـد ان الفرقـة لا تقـع الا بعـد حكـم القاضي، كذلك رويت احاديث اخرى يؤخذ منها حصول الفرقة بلعان الـزوجين وان لم يقترن بحكم القاضي، ومنها: قول الرسول ﷺ (المتلاعنـان لا يجتمعـان)[6]. أوجـه الاستدلال به هو ان القول ببقاء الزواج بعد تمام لعانهما يصطدم مع هذا النص.

وقول الرسول ﷺ للزوج الملاعن –بعد لعانه-: (لا سبيل لك عليها) قالوا: لفـظ (سبيل) نكرة في سياق النفي يفيد العموم. وقول علي رضي الله عنه وابن مسعود (مضـت

---

(١) في شرح الخرشي (١٣٤/٤):(ان ثمرة اللعان ستة اشياء ثلاثة مترتبة على لعان الـزوج: رفـع الحـد عنـه: وايجاب الحد على الزوجة. وقطع نسبه من حمل او ولد منفي. وثلاثة مترتبة علـى لعـان الزوجـة: رفـع الحد عنها. وفسخ نكاحها اللازم. وتابيد حرمتها).

(٢) في ايضاح الفوائد (٤٥١/٣):(يتعلق بلعانهما معا احكام اربعة: الفراق فلا تصيروارثا. التحريم المؤبد فـلا تحل له ابدا. سقوط الحدين. انتفاء الولد عن الرجل دون المراة. ولا تقتصر الفرقة على تفريـق الحـاكم بينهما بل تحصل بنفس اللعان. وفرقة اللعان فسخ لا طلاق).

(٣) في المحلى (١٤٣/١٠):(فان التعنت برئت من الحد وينفسخ نكاحها منـه وحرمـت عليـه ابد الابدين، ولا تحل له اصلا، وبتمام اللعان تقع الفرقة).

(٤) في الهداية مع فتح القدير (٢٨٦/٤): وقال زفر تقع الفرقة بتلاعنهما لانه تثبـت الحرمـة المؤبـدة بحـديث (المتلاعنان لا يجتمعان ابدا).

(٥) في المغني ٤١٠/٧ والرواية الثانية تحصل الفرقة بمجرد لعانهما وهو قول مالك وداود وزفر).

(٦) نيل الاوطار ٣٠١/٦.

السنة في المتلاعنين ان لا يجتمعا ابدا)[1]. فهذا يدل على ان لعان الزوجين يترتب عليه التحريم المؤبد وهو يستلزم وجود الفرقة بعد اللعان مباشرة.
وقال الباجي[2]: حديث عويمر حجة على ان الفرقة تقع بعد اللعان وان لم يقترن بالقضاء، بدليل انه ورد فيه (قبل ان يأمره رسول الله به) اذ هذا الكلام يدل على ان الفرقة تقع من غير حكم الحاكم.

القياس:

قالوا: ان هذه الفرقة كالفرقة بالتحريم بالرضاع والمصاهرة في انها تقتضي التحريم المؤبد، فكما ان حكم المقيس عليه لا يحتاج الى القضاء فكذلك حكم المقيس[3].

٣- وقال الشافعية: ان الفرقة تقع بتمام لعان الزوج وان لم تلتعن الزوجة[4] ولم يحكم بها القاضي.[5] ولا نجد – حسب ما اعلم – احد من فقهاء المسلمين يتفق مع الشافعية في قولهم بالفرقة بمجرد لعان الزوج.
وقد اشتبه الامر على الاستاذ الشيخ فرج السنهوري (رحمه الله) حيث قال: (وقيل تقع الفرقة ايضا بتمام لعان الزوج وان لم تلتعن المراة وهو ظاهر قول مالك في الموطأ وقول اصبغ)[6].
وهذا مخالف تماما لما جاء في الموطأ وشرحه المنتقى مما نصه: (ولا تقع الفرقة بالتعان الزوج حتى تكمل المراة الالتعان) خلافا للشافعي في قوله تقع الفرقة بالتعان الزوج وروى اصبغ عن ابن القاسم في العتبية ان الفرقة تقع بلعان الزوج ولكن لا تتم الا

---

(١) المرجع السابق ٦/٣٠٤.
(٢) المنتقى شرح الموطا للباجي ٤/٧٣.
(٣) المنتقى شرح الموطا ٤/٧٣.
(٤) في قليوبي وعميرة (٤/٣٧):(ويتعلق بلعانه فرقة ولو كان كاذبا او لم تلاعن هي اولم يحكم الحاكم به)
(٥) في شرح التحرير مع الشرقاوي (٢/٣٠٨ – ٣٠٩):(ويحصل بلعانه ستة احكام: انتفاء نسب نفاه به. ودرء الحد عنه لها وتحريم المراة مؤبدا. وايجاب الحد عليها. وانفساخ النكاح ظاهرا وباطنا كالرضاع. وسقوط حضانتها في حقه) وعلق الشرقاوي على تعبير (بلعانه قائلا):(أي بعد فراغه منه من غير توقف على لعانها ولا قضاء القاضي).
(٦) استاذنا الشيخ فرج السنهوري، محاضرات في موضوع (النسب) القاها على طلبة الدراسات العليا – كلية الحقوق – جامعة القاهرة ١٩٧٢ ص ٦٢ وكنت احد تلاميذه انئذ جزاه الله عنا خير الجزاء.

بلعانها. وهذا الخلاف في المذهب انما هو خلاف في عبارة، لان الفرقة لا تتبعض، ولا خلاف عند اصحابنا انها لو لم تلاعن لم تثبت بينهما فرقة وكذلك لو أكذب نفسه قبل تمام التعانهما وقد نص عليه مالك)[1].

ويتضح لنا من هذا الكلام:

١- ان احداً من المالكية لم يتفق مع الشافعي لان من قال تقع الفرقة بلعان الزوج قال لا تتم الا بلعانها.

٢- ان من قال تقع بلعان الزوج اذا تم لعان الزوجة بعده لا يختلف في المعنى مع من قال لا تقع الا بلعانهما، لان الخلاف لفظي كما قال الباجي: (انما هو خلاف في عبارة).

٣- لم يقل احد من المالكية اذا لم تتلاعن الزوجة تقع الفرقة، خلافا لما اجمع عليه الشافعية من ان لعان الزوج تترتب عليه الفرقة وان لم تتلاعن الزوجة او لم يحكم القاضي بها.

٤- قول الباجي (وقد نص عليه مالك) يعني انه نص على ان من اكذب نفسه قبل تمام لعان زوجته لا تقع الفرقة.

الترجيح:

ارى ان الافقه هو ما ذهب اليه الحنفية ومن حذا حذوهم لسببين:

الاول – ثبوت قضاء الرسولﷺ بالفرقة بعد لعان المتلاعنين وذلك في روايات كثيرة كما ذكرنا.

الثاني – اجماع فقهاء المسلمين على ان اللعان يجب ان يكون امام القاضي او من ينوب عنه. ومن البدهي ان كل اجراء قضائي يجب ان ينتهي بحكم القاضي.

٢- ردة احد الزوجين:

المرتد: هو الذي يكفر بعد الإسلام سواء أكان الكفر قد سبق اسلامه ام لا، وسواء كان الارتداد بالفعل كالسجود والعبادة لمخلوق من الجماد او النبات او الحيوان او الإنسان، وكالقاء القرآن في القاذورات، وكل فعل آخر يدل صراحة على الاستهزاء بالدين الإسلامي...

---

(1) انظر المنتقى شرح الموطا ٤ / ٧٣.

ام كان بالقول كلفظ دال صراحة على انكار ما علم ثبوته من الإسلام ثبوتا بدهيا او على تحريم ما حلله الإسلام او تحليل ما حرمه... وسواء كان كل ذلك عنادا ام اعتقادا ام استهزاء....

ويشترط في المرتد البلوغ، والعقل، والاختيار، والقصد.

وللمرتد احكام كثيرة والذي يهمنا هنا حكم زواجه اذا كان متزوجا.

لا خلاف بين فقهاء المسلمين – باستثناء الظاهرية – في ان ارتداد احد الزوجين قبل الدخول تترتب عليه الفرقة مباشرة [1].

لا خلاف في ان ارتداد احدهما سيؤدي حتما الى الفرقة بعد انقضاء العدة اذا لم يتراجع خلالها في حالة كون الارتداد بعد الدخول.

وانما الخلاف في ان الفرقة هل تحصل بعد الارتداد دون انتظار انقضاء العدة اذا كان بعد الدخول او لا؟ حسب التفصيل الاتي:

أ- ذهب الحنفية [2] والمالكية [3]، والحنابلة في احد القولين، والزيدية [4]: الى ان ارتداد احد الزوجين تترتب عليه الفرقة سواء كانت الردة قبل الدخول او بعده، لكن قال الحنفية ان ارتدا معا ثم اسلما معا فهما على نكاحهما، لان بني حنفية ارتدوا في زمن ابي بكر ثم اسلموا فاقرهم على انكحتهم ولم يأمرهم بتجديد الأنكحة بمحضر الصحابة رضي الله عنهم من غير نكير من احدهم فكان اجماعا سكوتيا.[5]

---

[1] في ايضاح الفوائد شرح القواعد (١٠٤/٣):(اتفق علماء الاسلام الا دواد الظاهري على انه اذا ارتد احد الزوجين قبل الدخول انفسخ النكاح).

[2] في الاختيار لتعليل المختار (١٦٢/٣ – ١٦٣)(اذا ارتد احد الزوجين وقعت الفرقة بغير طلاق. وقال محمد: ان كان المرتد هو الزوج فالفرقة طلاق. فان كان الارتداد بعد الدخول فلها مهر المثل وقبله لا شي لها ولا نفقة. وان كان المرتد الزوج فالكل بعد الدخول ونصف قبله.

[3] في الشرح الصغير مع الصاوي (٢ / ٣٨٨):(فان ارتد المحصن احصانه فاذا اسلم وزنى لا يرجم). وفيه ايضا (فاذا حل الشخص ثم ارتد ثم رجع للاسلام لا تحل لمبتها حتى تنكح زوجا لانها ابطلت النكاح الذي احلها). وفي شرح الحطاب (٤٧٩/٣):(ان ردة احد الزوجين طلقة بائنة).

[4] في التاج المذهب (٨/٢)(فاذا كان الاختلاف بان ارتد احدهما فانه يفسخ النكاح وتبين الزوجة في الحال وسواء كانت مدخولا بها ام غير مدخولة. قال الامام (عليه السلام): وهو الذي قصدنا بقولنا ويرتفع النكاح بتجرد اختلاف الملتين أي بطرد اختلاف ملتي الزوجين).

[5] الاختيار لتعليل المختار ٣ / ١٦٣.

ويناقض هذا الراي ما قاله ابن حزم رضي الله عنه من ان اهل الردة كانوا قسمين: قسم لم يؤمن قط كاصحاب مسيلمة وسجاح فهؤلاء حربيون لم يُسلموا قط لا يختلف احد في انهم تُقبل توبتهم واسلامهم. والقسم الثاني: قوم اسلموا ولم يكفروا بعد اسلامهم لكن منعوا الزكاة من ان يدفعوها الى ابي بكر رضي الله عنه فعلى هذا قُتلوا.[١] اذن لا حجة للحنفية في هذه الواقعة.

ب- وقال الشافعية [٢] والجعفرية [٣]، والحنابلة في احدى روايتي الامام احمد[٤]: الارتداد من احد الزوجين او كليهما قبل الدخول تترتب عليه الفرقة حالا. اما بعد الدخول فلا تُعتبر رابطة الزوجية منتهية ما لم تنقض العدة والمرتد على ارتداده، وبناء على ذلك اذا رجع الى الإسلام قبل الانتهاء العدة تكون الزوجية قائمة ومستمرة دون حاجة الى تجديد الزواج. غير ان فقهاء الجعفرية ذهبوا الى تفصيل لم اره لدى أي مذهب اخر من المذاهب الإسلامية وهو التفريق بين مرتدٍ كان مسلما بالفطرة بأن كان من ابوين مسلمين تولد مسلما ونشأ مسلما، ثم ارتد وهو بالغ عاقل مختار وبين مرتد اسلم بعد ان لم يكن مسلماً، حيث استخدم فقهاء الجعفرية الشدة ضد مرتد كان مسلما بالفطرة قالوا: ان ارتد انفسخ النكاح في الحال ولو كان بعد الدخول لانه لا يُقبل عودته الى الإسلام وان التفريق بين حالتي الدخول وعدم الدخول انما يكون بالنسبة لمرتد كان متحولا من غير الإسلام الى الإسلام.[٥]

---

(١) المحلى ١١ / ١٩٣.

(٢) في المهذب (٢ / ٥٤):(اذا ارتد الزوجان او احدهما: فان كان قبل الدخول وقعت الفرقة. وان كان بعد الدخول وقعت الفرقة بعد انقضاء العدة فان اجتمعا على الاسلام قبل الانقضاء فهم على النكاح.

(٣) في شرائع الاسلام (٣ / ١٠٦):(ولو اسلم ثم ارتد فانقضت العدة من حين اسلامها على كفرها تبين الفسخ من حين الاسلام وان اسلمت في العدة تبين عدم الفسخ في الاسلام وتضرب لها العدة من حين الارتداد فان عاد اليها فهو احق بها والا بانت من حين ردته).

(٤) في المغني (٦ / ٦٣٩):(قال احمد في رواية منصور اذا ارتدا معا او احدهما ثم تابا او تاب فهو احق بها ما لم تنقض العدة) ويلاحظ ان هذا اذا كانت الردة بعد الدخول.

(٥) في شرائع الاسلام (٢ / ٢٥٩):(المرتد الذي يكفر بعد الاسلام له قسمان: الاول – من ولد على الاسلام وهذا لا يقبل اسلامه لو رجع ويتحتم قتله وتبين منه زوجته... القسم الثاني من اسلم عن كفر ثم ارتد فهذا يستتاب فان امتنع قتل واستابته واجبة. وينفسخ العقد بينه وبين زوجته ويقف نكاحها على انقضاء العدة وهي كعدة المطلقة).

ومنشأ خلاف الفقهاء في ما يترتب على ارتداد احد الزوجين، او كليهما هو الاختلاف في تفسير قوله تعالى: ﴿يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا جَاءَكُمُ الْمُؤْمِنَاتُ مُهَاجِرَاتٍ فَامْتَحِنُوهُنَّ اللَّهُ أَعْلَمُ بِإِيمَانِهِنَّ فَإِنْ عَلِمْتُمُوهُنَّ مُؤْمِنَاتٍ فَلاَ تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى الْكُفَّارِ لاَ هُنَّ حِلٌّ لَهُمْ وَلاَ هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ وَآتُوهُمْ مَا أَنفَقُوا وَلاَ جُنَاحَ عَلَيْكُمْ أَنْ تَنكِحُوهُنَّ إِذَا آتَيْتُمُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ وَلاَ تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الْكَوَافِرِ... الاية...﴾.[1]

ج- إباء احد الزوجين الإسلام بعد اعتناقه من الاخر:

يترتب على اسلام احد الزوجين او كليهما احكام تتعلق بعلاقتهما الزوجية منها متفق عليها ومنها مختلف فيها:

الاحكام المتفق عليها:

١- لا خلاف في ان الزوجين غير المسلمين اذا اسلما معا بقيا على زواجهما السابق ان لم يكن هناك مانع من موانع الزواج كالنسب والرضاع. وان تم عقد زواجهما في حينه بدون ولي ولا شهود، لانه اسلم اناس كثيرون في عهد الرسالة فاقرهم الرسول ﷺ على انكحتهم ولم يسألهم عن مثل هده الشروط.

٢- لاخلاف بين الفقهاء -باستثناء الزيدية [2]- في انهما اذا كانا كتابيين كالمسيحيين واليهود يُعتبر زواجهما مستمرا ان اسلم الزوج واحتفظت الزوجة بالبقاء على دينها، لان للمسلم ان يتزوج الكتابية فما جاز ابتداء يجوز بقاءاً ايضا.

٣- لا خلاف في انه اذا اسلمت الزوجة وحدها وامتنع الزوج عن الإسلام بعد عرضه عليه يُفرق بينهما لقوله تعالى: ﴿يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا جَاءَكُمُ الْمُؤْمِنَاتُ مُهَاجِرَاتٍ فَامْتَحِنُوهُنَّ... الاية﴾.

---

(١) (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا جَاءَكُمُ الْمُؤْمِنَاتُ مُهَاجِرَاتٍ فَامْتَحِنُوهُنَّ اللَّهُ أَعْلَمُ بِإِيمَانِهِنَّ فَإِنْ عَلِمْتُمُوهُنَّ مُؤْمِنَاتٍ فَلَا تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى الْكُفَّارِ لَا هُنَّ حِلٌّ لَهُمْ وَلَا هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ وَآتُوهُمْ مَا أَنْفَقُوا وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ أَنْ تَنْكِحُوهُنَّ إِذَا آتَيْتُمُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ وَلَا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الْكَوَافِرِ وَاسْأَلُوا مَا أَنْفَقْتُمْ وَلْيَسْأَلُوا مَا أَنْفَقُوا ذَلِكُمْ حُكْمُ اللَّهِ يَحْكُمُ بَيْنَكُمْ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ)(الممتحنة: ١٠). للاطلاع على اختلاف الفقهاء في تفسير هذه الاية راجع تفسير القرطبي (الجامع لاحكام القران لابي عبد الله محمد بن احمد الانصاري القرطبي ١٨ / ٦٠-٦٨).

(٢) يرى بعض فقهاء الزيدية ان الزواج ينفسخ بمجرد اسلام احد الزوجين سواء كان ذلك قبل الدخول او بعده لقول الرسول ﷺ (لا نكاح بين اهل ملتين). انظر البحر الزخار ٧٢/٢.

٤- لا خلاف في انه اذا اسلما معا وكان بينهما مانع من موانع الزواج في ميزان الشريعة الإسلامية يُفرق بينهما.

وانما الخلاف في ما عدا ذلك على التفصيل الاتي:

قال الشافعية [١]، والجعفرية [٢]، والحنابلة الا في رواية للامام احمد [٣]: الزوجان اما ان يكونا كتابيين او لا ولكل حكمه الخاص.

١-اذا كانا كتابيين او كانت الزوجة كتابية:

أ-ان اسلم الزوج دون الزوجة يبقى الزواج مستمرا سواء كان ذلك قبل الدخول او بعده ما لم يكن هناك مانع من موانع الزواج بينهما.

ب- وان اسلمت الزوجة فقط تقع الفرقة حالا في حال عدم دخول وتقع بعد انقضاء العدة اذا كان الإسلام بعد الدخول وان اسلم الزوج خلال مدة العدة بقى الزواج مستمرا ما لم يكن هناك مانع شرعي من موانعه.

٢-واذا كانا غير كتابيين واسلم احدهما قبل الاخر:

أ- ان كان الإسلام قبل الدخول تقع الفرقة حالا.

ب- وان كان بعد الدخول فلا فرقة ما لم تمض مدة تساوي مدة العدة مع اصرار الطرف غير المسلم على امتناعه عن الدخول في الإسلام.

وانما قالوا بالفرقة قبل الدخول حالا في جميع الصور لان الزواج قبل الدخول غير متأكد بخلاف ما بعده.

وفرق الحنيفة بين دار الإسلام ودار الحرب:

أ- اذا كان اسلام احد الزوجين في دار الإسلام:

١- فان اسلمت الزوجة عُرض على الزوج الإسلام فان اسلم فهي زوجته، وان ابى القاضي بينهما، فالتفريق مبني على الإباء الذي هو معصيته دون الإسلام هو عبادة وطاعة. والتفريق طلاق عند ابي حنيفة ومحمد لانه مبني على إباء الزوج، وفسخ عند ابى يوسف لأنه مبني على سبب مشترك.

---

(١) المهذب ٢ / ٥٢.

(٢) انظر ايضاح الفوائد ٣ / ١٠٥، شرائع الاسلام ٢ / ١٩.

(٣) في المغني (٦ / ٦١٤) اذا اسلم احد الزوجين غير الكتابيين او كتابي وغير كتابية قبل الدخول حصلت الفرقة بينهما حالا ويكون ذلك فسخا لا طلاق وللامام احمد رواية وقف التفريق على انقضاء العدة (أي كما هو الحال اذا اسلم احدهما بعد الدخول).

٢- وان اسلم الزوج والزوجة غير كتابية: فان اسلمت بعد عرض الإسلام عليها فالزواج باق والا فرق القاضي بينهما.

ب- وان كان الإسلام في دار الحرب:

١- فان كانا كتابيين او الزوجة كتابية واسلم الزوج يبقى الزواج مستمرا ما لم يكن هناك مانع.

٢- وان لم تكن الزوجة كتابية فاسلم احدهما، او كانت كتابية فاسلمت هي دونه ففي الصورتين تتوقف البينونة بينهما على مضي العدة وعدم اسلام الاخر خلالها لانه لابد للفرقة بينهما من عرض الإسلام على الطرف غير المسلم، ولا قدرة على العرض في دار الحرب فتحل العدة محله سواء كان ذلك قبل الدخول او بعده [1].

المالكية:

ولفقهاء المالكية تفصيل اخر كما يلي:

أ- اذا اسلم الزوج والزوجة غير الكتابية:

١- ان كان قبل الدخول: فعن مالك توقف الفرقة على معرفة موقف يفرق الزوجة فان اسلمت والا فرق بينهما. وهذا يتفق مع راي الحنفية. وقال اشهب واصبغ من فقهاء مالك تنقطع العصمة بينهما حالا. وهذا يتفق مع الشافعية والحنابلة والزيدية.

وجه قول المالكية: ان اسلام الزوج انما يُمنع استدامة النكاح ولا يتضمن ايقاع فرقة والذي يقتضيها هو اباء الطرف الاخر. ووجه قول اشهب واصبغ: المانع من استدامة نكاحهما هو اسلام احد الزوجين دون الاخر فاذا وجِد قبل البناء فانه يقطع العصمة كما لو اسلمت الزوجة اولا.

٢- وان كان اسلامه بعد الدخول فقال مالك يُعرض عليها الإسلام فان اسلمت والا فُسخ نكاحها وهذا ايضا يتفق مع راي الحنفية وعن ابن القاسم يُعرض عليها الإسلام. وتُعطى لها مهلة من يوم الى ثلاثة ايام.

وقال اشهب يُعرض عليها الإسلام ففي حالة العرض لا مهلة لها فان اسلمت

---

[1] الاختيار لتعليل المختار ٣ / ١٦٠. شرح فتح القدير ٣/ ٤١٨ — ٤٢٢.

والا فلا سبيل له اليها. وهذا مبني على ان اسلام الزوج لا تقع معـه الفرقـة وانما الفرقة بالحكم بعد العرض او بالاغفال، ففي حالة عدم العرض (الاغفال) لها مهلة لمدة شهر عند ابن القاسم ثم يُفرق بينهما. وعند اشهب الفرقة تكون بامتناعها وانقضاء العدة.

وبذلك فرقوا بين حالة عرض الإسلام على الزوجة وبـين حالـة الاغفـال وعـدم العرض وترك الامر لارادتها واختيارها ان شاءت اسلمت وان شاءت اصرت.

ب- اذا اسلمت الزوجة قبل الزوج:

١- اذا كان الإسلام قبل الدخول ولم يتبع اسلامها اسلام الزوج وقعـت الفرقـة بينهما حالا.

٢- وان كان الإسلام بعد الدخول فان اسلم الزوج في عدتها او اسلما معا قـرر بقاء زواجهما وان اسلم بعد العدة فرق بينهما بالاجماع [1].

الزيدية:

فرقوا بين احكام الذميين والحربيـين كما يلي:

ا- اذا كانا حربيين فاسلم احدهما:

١- قبل الدخول تبين بمجرد اسلامها او اسلامه.

٢- بعد الدخول تبين باختلاف الدين مع مضي العدة.

ب- واذا كانا ذميين واسلم احدهما: تقع الفرقة باحد الامرين الاتيين:

١- بمضي مدة تعادل مدة العدة سواء كانـت مدخولـة ام غـير مدخولـة ان لم يسلم الاخر خلال هذه المدة.

٢- او يُعرض الإسلام على الذي لم يسلم فان امتنع تقع البينونة بامتناعه ولو لم تمض العدة [2].

وارى ان الافقه هو ما ذهب اليه الحنفية لما يلي:

١- التفريق بين حكم المدخول بها وغير المدخولة راي اجتهادي محـض لا يؤيـده نـص ولا قياس.

---

(١) انظر المنتقى شرح الموطا ٣/٣٤٦. الشرح الصغير مع الصاوي ١/٣٧٧ – ٣٧٨.

(٢) التاج المذهب ٢ / ٨٠ – ٨١. البحر الزخار ٣/٧٢.

٢- الفرقة بمثابة العقوبة على المعصية فهي لا تترتب على اسلام احد الزوجين وانما على اباء الاخر بعد تأكده بالعرض. اذ ان عرض الإسلام على الزوج الاخر عنصر يجب ان يتوفر ان امكن ذلك.

٣- اعتبار مضي مدة العدة – في حالة تعذر العرض – قرينة قائمة مقام العرض المطلوب لتدل على الاباء صراحة.

٤- لتثبيت اسلام المسلم من احد الزوجين وتاكيد اباء الطرف الاخر من الضروري ان يتم التفريق على يد القضاء.

٥- اعتبار تفريق القاضي المبني على الاباء بعد العرض طلاقا اذا كان الممتنع زوجا، وفسخا ان كان الرفض من الزوجة كما ذهب الى ذلك ابو حنيفة ومحمد رحمهما الله: وهو فرق دقيق نابع من عمق فقهي لهذين الفقيهين العظيمين.

رابعا – اعتداء احد الزوجين على الاخر:

المصدر الرابع للضرر الارادي هو الشقاق واعتداء احد الزوجين على الاخر بفعل كالضرب او كلام كالشتم او بكليهما كالاهانة...

ولرفع الضرر الناشئ من سوء التفاهم والتشاجر والشقاق، ولدفع استمراره. ولمنع نتائجه السيئة على الزوجين والاولاد مباشرة وعلى المجتمع تسببا، امر القرآن الكريم بتدخل التحكيم المشكل من حَكَم من اهل الزوج واقاربه وحكم من اهل الزوجة وذويها، فقال سبحانه وتعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقْ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾[1].

سبق ان بينا ما يتعلق بالشروط التي يجب توافرها في الحكمين. والذي يُهمنا هنا هو مدى سلطتهما في التفريق بين الزوجين في حالة عدم تيسر الاصلاح كما في التفصيل الاتي:

١- لا خلاف بين فقهاء الشريعة في جواز ارسال الحكمين الى الزوجين اذا وقع بينهما التشاجر وجُهلت احوالهما فيه فلم يُعرف السبب ولا المقصر منهما وذلك لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا..... الاية﴾.

---

(١) سورة النساء: ٣٥ .

٢- لا خلاف في ان الحكمين يكونان من اهل الزوجين ان امكن ذلك احدهما من اهل الزوج والاخر من اهل الزوجة وذلك للحفاظ على اسرار العائلة من جهة، ولما لهما من الحرص على الاصلاح بدافع صلة القرابة من جهة اخرى.

٣- لا خلاف في ان حُكم الحكمين اذا اختلفا فيما وصلا اليه من نتائج دراسة احوال الزوجين لا يُنفذ وانما يبدلان بآخرين، او يُضاف اليهما ثالث.

وانما الخلاف في مدى سلطة الحكمين في التفريق المبني على الاختلاف في طبيعة هذين المصلحين، هل لهما صفة الحَكَم بالمعنى الشرعي الحقيقي لهذا المصطلح؟ فعندئذ لهما حق التفريق ان فشل الاصلاح، او انهما وكيلان يجب ان يلتزما بأن يتصرفا في حدود الوكالة فلا تفريق ما لم يسبقه اذن بذلك من الزوج؟

وانبثاقا من هذا الواقع انقسم الفقهاء الى فريقين: فريق اقرار السلطة وفريق الرفض.

الفريق الاول – يتكون من فقهاء المالكية، والزيدية، والشافعي في احد قوليه، والامام احمد في احدى روايتيه:

المالكية:

قالوا: يجب على الحكمين الاصلاح ما استطاعا فان تعذر حَكما بالتفريق، ونُفذ حكمهما من القاضي ظاهرا وباطنا، وان لم يرض به الزوجان والقاضي، او كان الحكم مخالفا لمذهب القاضي، اذ لا يُشترط موافقتهما له في المذهب. سواء كان الحكمان من جهة الزوجين او من جهة القاضي. لكن عليهما ان يقتصرا على طلقة واحدة لان هذا التفريق للضرورة والضرورات تقدر بقدرها. واما كون الطلاق مجانا او بعوض (خُلعا) فهو منوط بالنتيجة التي يصل اليها الحكمان من دراسة احوال الزوجين، ومعرفة اساس الشقاق والطرف المقصر، فعندئذ يكون الطلاق بلا عوض ان كانت الاساءة من الزوج، وبعوض ان كانت من الزوجة، وان اساءا معا بأن كان كل منهما يضر صاحبه تعين الطلاق بلا عوض عند اكثر فقهاء المالكية. ويرى المالكية ان على القاضي ان يُنفذ حكمهما بالتفريق والطلاق، ولا يجوز له تعقبه ولا نقضة وان خالف مذهبه وذلك لقوله تعالى: ﴿فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا... الاية﴾ فسماهما القرآن حكمين [1].

---

[1] انظر المنتقى شرح الموطا ٤/ ١١٣ – ١١٥. شرح الخرشي ٤/٨-١٠. الشرح الصغير مع الصاوي ٤٠٨/١ – ٤٠٩، بداية المجتهد ٢/٨١ – ٨٢.

الزيدية:

يرى بعض فقهاء الزيدية: ان على الحكمين بعد مخاصمة كل من الزوجين ان يجتهدا في الجمع بالتراضي فان تعذر فالفرقة على عوض او غيره حسبما يريان [١].

الشافعي في احد قوليه:

واختلف راي الشافعي في صفة الحكمين وبالتالي في سلطتهما فقال في احد قوليه: هما حكمان فلهما ان يفعلا ما يريان من الجمع او التفريق بعوض وغير عوض لقوله تعالى: ﴿فابعثوا حكما من اهله وحكما من اهلها... الاية﴾.
حيث لم يعتبر القرآن رضا الزوجين [٢].

الامام احمد في احدى روايتيه:

عن الامام احمد رحمه الله روايتان: احداهما انهما حكمان، ولهما ان يفعلا ما يريان من جمع وتفريق بعوض وغير عوض ولا يحتاجان الى توكيل الزوجين ولا رضاهما. ويُروى هذا الراي عن علي بن ابي طالب رضي الله عنه، وابن عباس رضي الله عنه، وابي سلمة بن عبد الرحمن، والشعبي، والنخعي، و سعيد بن حبيب، والاوزاعي، وإسحاق، وابن المنذر لقوله تعالى: ﴿فابعثوا حكما من اهله .... الاية﴾[٣].
ويبدو ان اهم دليل استند اليه هذا الرأي هو هذه الاية الكريمة حيث فسروها بما يؤيد اجتهادهم من انهما حكمان وليسا وكيلين فلهما سلطة الاصلاح والتفريق في وقت واحد.

الفريق الثاني- قالوا: ان الحكمين وكيلان وليس لهما الا سلطة الاصلاح او تقديم تقرير الى القاضي يرفعان فيه ما وصلا اليه من نتائج دراسة احوال الزوجين، ولهما حق التوصية اما بابقاء واستمرار الزوجية بعد حل المشاكل القائمة، او توصية الطلاق من الزوجين فان ابى فالتفريق من القاضي على راي من يقول بسلطة القاضي في ذلك. وقد تبنى هذا الاتجاه فقهاء الحنفية، والجعفرية، والظاهرية، وبه قال الشافعي في احد

---

(١) البحر الزخار ٣/٩٠.
(٢) المهذب ٢/ ٧٠، المغنى لابن قدامة ٧/٤٩.
(٣) (وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من اهله وحكما من اهلها ان يريدا اصلاحا يوفق الله بينهما ان الله كان عليما خبيرا)(النساء: ٣٥). المغني لابن قدامة ٧/٤٩).

قوليه، والامام احمد في احدى روايتيه، كما في التفصيل الاتي:

الحنفية:

قال الجصاص: ان الحكمين عند ابي حنيفة واصحابه وكيلان احدهما وكيل الزوجة والاخر وكيل الزوج بدليل قوله تعالى: ﴿ان يريدا اصلاحا يوفق الله بينهما﴾ ولم يقل ان يُريدا فرقة[1].

الجعفرية:

قال فقهاء الجعفرية: ان الحكمين وكيلان ليس لهما سلطة التفريق، وانما مهمتهما تقتصر على محاولة الاصلاح، ثم تقديم تقرير الى القاضي ان تعذر الاصلاح. فما لم يكونا مخولين من الزوجين بالطلاق (او التفريق) ليس لهما ذلك[2].

الظاهرية:

قال ابن حزم الظاهري (رحمه الله): ليس في الاية ولا شئ من السنن ان للحكمين ان يُفرقا، ولا ان ذلك للحاكم. وقال جلّ وعلى: ﴿وَلاَ تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إلاَّ عَلَيْهَا﴾.
فصح انه لا يجوز ان يُطلِق احد على احد، ولا ان يُفرق بين رجل وامراته الا حيث جاء النص بوجوب فسخ النكاح فقط، ولا حجة في قول احد دون رسول ﷺ[3].

الشافعي في احد قوليه:

قال ابو اسحاق الشيرازي (رحمه الله): (واختلف قوله في الحكمين فقال في احد القولين: هما وكيلان فلا يملكان التفريق الا باذنهما لان الطلاق الى الزوج وبذلك المال الى الزوجة فلا يجوز الا باذنهما).[4]

الامام احمد في احدى روايتيه:

قال ابن قدامة (رحمه الله): (واختلف الرواية عن احمد (رحمه الله) في الحكمين ففي احدى الروايتين عنه انهما وكيلان لهما لا يملكان التفريق الا باذنهما)[1].

---

(١) احكام القران للجصاص ٣/١٥١– ١٥٤.
(٢) شرائع الاسلام ٢/٤٢، المختصر النافع ص ٢٧١.
(٣) المحلى لابن حزم ١٠/٨٨.
(٤) المهذب لابي اسحاق الشيرازي ٢ / ٧٠. قارن المجموع شرح المهذب ١٥/٣٢٩.

واستدل اصحاب هذا الراي بادلة اهمها:

١- القرآن حدد مهمة الحكمين بالاصلاح فقال: ﴿إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقْ اللَّهُ بَيْنَهُمَا﴾.

٢- ان الاصل ان الطلاق لا يملكه الا الزوج، او من يخوله هو.

٣- التفريق اخراج ملك من صاحبه بدون رضاه وهذا غير صحيح لان حِل التمتع بالزوجة ملك الزوج، والمهر المؤجل ملك الزوجة فهي قد تخسره بالتفريق اذا ثبت ان التقصير منها.

٤- روي ان علي بن ابي طالب رضي الله عنه بعث حكمين قال: اتدريان ما عليكما؟ ان رايتما ان تجمعا جمعتما، وان رايتما ان تفرقا فرقتما، فقالت المراة رضيت بكتاب الله وبما فيه لي وعليّ. فقال الرجل اما الفرقة فلا، فقال علي والله لا تفلت مني حتى تقر بمثل ما اقرت به المراة)[٢]. فقالوا هذا الكلام بين علي بن ابي طالب وبين الزوج يدل على ان الحكمين لا يستطيعان التفريق الا باذن الزوج.

وارى ان كلا من الاتجاهين لا يخلو من نوع من التطرف ففي الراي الاول افراط يعطي الحكمين سلطة اكثر من اللازم، وفي الاتجاه الثاني تفريط ينقص من القيمة العملية لمهمة الحكمين التي اقرها القرآن الكريم.

والذي يبدو لي هو ان الحكمين سلطتهما اقوى من سلطة الوكيلين بدليل ان القرآن سماهما الحكمين وطلب ان يتميزا من الوكيل العادي بان يكونا من اهل الزوجين ولكن هذه السلطة لا تُخولهما بالتفريق دون ان يكون للقاضي حكم في الموضوع وسلطة.

وبناء على ذلك يُعتبر الحكمان حلقة وصل بين القضاء وبين العائلة التي حلت بها مأساة الشقاق والتشاجر، فهما ان اتفقا على ان العلاج هو انهاء رابطة الزوجية يكون القاضي ملزما بان ياخذ بما يريانه، فعليه ان يعرض الطلاق على الزوج فان ابى يحل محله ويفرق بينهما.

---

(١) المغني لابن قدامة ٤٩/٧.

(٢) وفي رواية (كذبت حتى يحكم كتاب الله لك وعليك). وفي اخرى (حتى ترضى بكتاب الله) انظر بداية المجتهد ٨٢/٢. احكام القران للجصاص ٣/ ١٥٢. لكن هذا الدليل الاخير كما يصلح ان يكون دليلا للراي الثاني يمكن ان يحتج به اصحاب الراي الاول ايضا.

المبحث الثالث

موقف القانون من التفريق قضاءً

المقصود من القانون هو قانون الأحوال الشخصية للبلاد الإسلامية .

والقانون في البلاد العربية اخذ بتعدد الاسباب، ونتيجة لعدم الاخذ بمعيار الضرر حصل اختلاف كبير لقوانين هذه البلاد في طبيعة الاسباب وشروطها. واحاول في هذا البحث ارجاع جميع هذه الاسباب الى ضرر اللا ارادي والضرر الارادي.

اولا - الضرر اللا ارادي:

المقصود من الضرر اللاارادي هو ان لا يكون لارادة احد الزوجين دور في نشوء مصدره لا مباشرة ولا تسببا، كالامراض التناسلية وغير التناسلية من الامراض البدنية المعدية او المنفرة، او الامراض العقلية، والعاهات المستديمة، وغيرها مما لا يرجى شفاؤها ولا يُستطاع استمرار الحياة الزوجية مع قيام الضرر الناشئ عنها. وقد اتفقت القوانين الإسلامية – التي اطلعت عليها – على جواز التفريق قضاء عند ثبوت مرض من هذه الامراض بعد توفر الشروط المطلوبة فيه، كالعراقي (م ٤٣/٤-٦) والاردني المواد (١١٣ – ١٢٢)، والسوري المواد (١٠٥ – ١٠٨)، والمصري المواد (٩ – ١١)، والمغربي (ف : ٥٤ –٥٥).

لكنها اختلفت في التفصيل الاتي:

١- حق طلب التفريق ثابت للزوجة دون الزوج – لانه يملك الطلاق – في العراقي (م ٤٣، المصري (م٩)، السوري (م ١٠٥) أخذت بمذهب الحنفية. وللزوج ايضا في الاردني (م ١١٣، م ١١٧)، والمغربي (ف – ٥٤).

وهذا الاتجاه الثاني هو الافقه لانه موافق لراي جمهور فقهاء المسلمين، ومحقق للعدالة والمساواة فيما يترتب على الزواج من الاثار الايجابية والسلبية ومن الجدير بالذكر ان هناك فرقا جوهريا بين الطلاق والتفريق من حيث الاثار فالزوج في الطلاق ملزم بتسديد الحقوق المتأخرة للزوجة وان كان السبب منها بخلاف التفريق فانه لا يُلزم بذلك مادامت الزوجة هي السبب.

٢- يسقط حق طلب التفريق في حالة علم المتضرر بالعيب (منشأ الضرر) قبل العقد او بعده مع رضائه به صراحة او دلالة (ضمنا) في القانون الاردني باستثناء العنة (م ١١٤) السوري (م ١٠٦)، المصري (م ٩)، المغربي (ف- ٥٤/ ١) ولكن النص العراقي (م ٤٣/٤-٦) وردت مطلقا، والمطلق يُحمل على اطلاقة ما لم يقم دليل على تقييده ولا دليل.

وارى ان المشرع العراقي هو المصيب لان علة الحكم عبارة عن الضرر الذي لا يطاق سواء وجد قبل العقد ام بعده، رضي به المتضرر في فترة زمنية ام لا. ثم انه لا يجوز اجبار المتضرر على الصبر مدى الحياة لانه قبل الضرر في يوم ما. والقاعدة الاصولية تقضي بدوران الحكم مع علته وجودا وعدما. لذا اقترح ان تحذو حذوه بقية قوانين العالم الإسلامي.

٣- اشترط الاردني (م ١١٣) ان لا يكون طالب التفريق مصابا بنفس المرض او بما يقرب منه في الضرر والا يسقط حقه في طلب التفريق. فالزوجة الرتقاء او القرناء ليس لها طلب التفريق لعنة زوجها وقل مثل ذلك لبقية الامراض.

واقترح ان يُهمل هذا الشرط مادامت ثمرة الحياة الزوجية مفقودة فعلا بسبب مرض احدهما سواء كان الاخر مصابا به ام بمثله ام لا اذا لم يكن هناك رجاء للشفاء والصبر على الضرر.

٤- من وجهة نظر المشرع الاردني (م ١١٧، م١١٨) لا تفريق اذا حدث المرض بعد الدخول ولو كان الدخول مرة واحدة سواء رضي به المتضرر ام لا. وهذا الراي على الرغم من انه قال به بعض الفقهاء – كالحنفية –فانه يتعارض مع القواعد العامة في الشريعة الإسلامية منها: ﴿لاَ يُكَلِّفُ اللّهُ نَفْسًا إِلاَّ وُسْعَهَا﴾، ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾، (لا ضرر ولا ضرار) لذا اقترح اهماله.

٥- اقتصر المشرع السوري (م ١٠٥ / ٢) في الامراض غير التناسلية على الجنون فقط اذا طرأ بعد العقد. فهذا التحديد يتنافى مع القواعد العامة الإسلامية الامرة بازالة الضرر ايا كان مصدره ما لم يقبله المتضرر بصورة دائمة صراحة او ضمنا.

ويلاحظ ان القوانين المذكورة متفقة فيما يلي:

أ- اعتبار التفريق للضرر اللا ارادي طلقة بائنة.

ب- تاجيل التفريق سنة في كل سبب يتوقع زواله.

وكلا الحكمين يتفقان مع روح الإسلام والعدالة.

ثانيا – الضرر الارادي:

يعتبر الضرر اراديا اذا كان لارادة احد الزوجين دخل – مباشرة او تسببا – في حدوثه. ويمكن ارجاع منشأ هذا النوع من الضرر الى ما يلي:

أ-حرمان الزوجة من النفقة.

ب-حرمان الزوجة من المعاشرة.

ج- اعتداء احدهما على الاخر.

د- ارتكاب احدهما المعصية يترتب عليها ضرر الاخر.

ونوضح فيما يلي موقف القانون من هذه الحالات.

أ – الحرمان من النفقة:

حق الزوجة في طلب التفريق قضاء اذا تضررت بسبب حرمانها من النفقة اقره: القانون العراقي (م ٤٣ / ٧، ٨، ٩) والاردني المواد (١٢٧ – ١٣٠)، والسوري المواد (١١٠ – ١١١)، والمصري المواد (٤-٦)، والمغربي (ف – ٥٣)، والتونسي (ف – ٣٨ – ٤٠)، والمشروع الكويتي المواد (١٠٨ – ١٠٩). غير ان هذه القوانين اختلفت في الاحكام الاتية:

١- انفرد العراقي (٤٥) باعتبار التفريق لعدم الانفاق طلقة بائنة خلافا لبقية القوانين التي تعتبره طلاقا رجعيا: الاردني (م ١٢٨)، السوري (م ١١١)، المصري (م ٦)، المغربي (ف – ٥٣/٢)، الكويتي (م ١٠٩). واقترح ان يحذو العراقي حذوها لما فيه من دعم استمرار الحياة الزوجية ورعاية مصلحة الاولاد ان وجدوا. فكثيرا ما يندم الزوج المتنع عن الانفاق تعنتا، او قد يفضل الله على الزوج العاجز عن الانفاق بعد الطلاق وخلال فترة العدة. فإعطاء المجال للرجعة أولى من سد الباب بوجه استئناف الحياة الزوجية مع التعهد بالاستمرار على الانفاق.

٢- اشترط المشرع التونسي (ف – ٣٩) خلافا لبقية القوانين ان لا تكون الزوجة عالمة بعسر الزوج حين العقد والا يسقط حقها في طلب التفريق وان كانت متضررة من عدم الانفاق.

واقترح حذف هذا الشرط لان الحكم ربطه الشرع والقانون بالسبب لكونه مصدر الضرر فهو يدور معه وجودا وعدما. فرضاء الزوجة في وقت ما لاعتبارات وتوقعات لم تتحقق لا يجوز ان يحرمها من طلب التفريق وتبقى مدى الحياة تتحمل معاناة الضرر.

٣- في حالة ثبوت عجز الزوج عن الانفاق يُؤجل التفريق مدة لا تزيد عن شهر في المصري (م ٤)، وعن شهرين في التونسي (ف – ٣٩) وثلاث اشهر في الاردني(م١٢٧)، والسوري (م ١١٠)، والمغربي (ف –٥٣) ولم يُعط العراقي المهلة في حالة عدم الانفاق لعذر كعجز الزوج، وانما منحها لمن لا عذر له مدة (٦٠) يوما كالزوج المتمكن المتعنت المتنع عن الانفاق (م ٤٠/ ٧، ٨). والذي اقترح ان يأخذ به المشرع في العالم الإسلامي هو ما ذهب اليه العلامة الفقيه العظيم ابن حزم الظاهري قبل مئات السنين من (ان نفقة الزوج الفقير العاجز واجبة على زوجته المتمكنة ماليا). كما ذكرنا.[1] وأرى ان الزوج المتمكن الممتنع عن الانفاق لا يستحق أي تقدير و تأجيل لان عمله هذا يُعتبر جريمة دينية وقانونية واخلاقية ما دامت النفقة واجبة عليه وهو متمكن والزوجة مطيعة لم تقم شرعا بما يُحرمها من النفقة، فعلى القاضي رفع هذا الظلم حالا بالحكم بالتفريق إن اصرّ على عدم الانفاق واصرت على طلب التفريق.

٤- انفرد العراقي (٤٣/٩) باستحداث حالة لا وجود لها لا في الفقه الإسلامي ولا في أي قانون اطلعت عليه. وهي ان للزوجة طلب التفريق (اذا امتنع الزوج عن تسديد النفقة المتراكمة المحكوم بها بعد امهاله مدة اقصاها ستون يوما من قبل دائرة التنفيذ).

واقترح حذف هذه الفقرة لان المشرع العراقي اقرّ طرقا قانونية وقضائية لاستيفاء الدين، فلا مبرر لاعتبار دين الزوجة على الزوج سببا للتفريق ما دام الزوج مستمرا على الانفاق عليها:

---

(1) ص ٢٠٧. انظر المحلي ٩٢/١٠.

ب- الحرمان من المعاشرة:

التفريق القضائي للضرر الارادي الناشئ عن حرمان الزوجة من المعاشرة الزوجية اقره: العرقي (م ٤٣/١، ٢، ٣)، الاردني المواد (١٢٣ – ١٢٥)، السوري (م ١٠٩)، المصري المواد (١٢-١٤)، المغربي (ف – ٥٧، ٥٨) مع الاختلاف في التفصيل الاتي:

١- الحرمان بسبب الحكم على الزوج بعقوبة سالبة للحرية مدة لا تقل عن ثلاث سنوات يُعطى الحق للزوجة طلب التفريق بعد مضي سنة على تنفيذ الحكم في جميع القوانين المذكورة: الاردني (م ١٣٠)، السوري (م١٠٩)، المصري (م ١٤). خلافا للقانون العراقي (م ٤٣/ ١) الذي يمنح الزوجة هذا الحق بعد الحكم مباشرة وهذا ما لم اجده في أي قانون اخر – مما اطلعت عليه – سوى القانون الاتحاد السوفيتي المعمول به حاليا. فجميع القوانين الإسلامية وغير الإسلامية لا تسمح بالتفريق الا بعد مضي سنة اعتبارا من بدء نفاذ الحكم.
واقترح ان ياخذ المُشرع العراقي بنفس الاتجاه ما دامت السجون في العراق تعتبر مؤسسات اصلاحية ومادام عدد كثير من المسجونين قد يتمتعون باجازات بين اونة واخرى لزيارة عوائلهم في بيوتهم.

٢- اعتبر المشرع السوري (م ١٠٩ / ١) التفريق للحكم بعقوبة سالبة للحرية طلقة رجعية. واقترح ان يحذو حذوه المشرعون في العالم الإسلامي لما فيه من اسناد واستمرار الحياة الزوجية.

٣- في حالة حرمان الزوجة من المعاشرة بسبب هجر الزوج لغير عذر لم يسمح المشرع العراقي (م ٤٣ /٢) بالتفريق ما لم يستمر سنتين. واري ان هذه المدة كثيرة تضر بمصلحة الزوجة وبصورة خاصة اذا كانت يُخشى عليها ان تقع في الخطيئة. لذا اقترح تبديل المدة بسنة واحدة ما دام الزوج لا عذر له.

٤- لم يتطرق لحكم الهجر بالايلاء الا القانون المغربي (ف – ٥٨) الذي نص على انه: (إذا آلى الزوج او حلف على هجر زوجته وترك المسيس (المعاشرة الجنسية) جاز للزوجة ان ترفع امرها الى القاضي الذي يؤجله اربعة اشهر، فان لم يفيء (لم يرجع الى المعاشرة) بعد الاجل طلقها عليه وهذا الطلاق رجعي).

اقترح ان يقتدي به المشرع في كل بلد اسلامي لانه حكم عادل اقره القرآن الكريم في قوله تعالى: ﴿لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِنْ فَآؤُوا فَإِنَّ اللّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ، وَإِنْ عَزَمُواْ الطَّلاَقَ فَإِنَّ اللّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾[١] وقد سبق تفصيل احكام الايلاء.

٥- اقر الاردني (م ١٢٣ – ١٢٥)، والمصري (م ١٢ – ١٣)، والمغربي(ف– ٥٧): ان الزوجة لا يَحق لها طلب التفريق الا بعد مضي سنة. على الغيبة وبعد ذلك:

أ- ان كان مكان الغائب معلوما يمكن الاتصال به ضرب له القاضي اجلا واعذره بأنه يطلقها عليه ان لم يحضر للاقامة معها او ينقلها اليه او يطلقها. فاذا انقضى الاجل ولم يبد عذرا مقبولا تأكد القاضي من اصرار الزوجة على التفريق فان اصرت فرق بينهما بطلقة بائنة.

ب- وان لم يمكن الاتصال به اجتهد القاضي ووضع مدة لانتظار خبره فان حضر والا طلق عليه دون تاجيل او اعذار.

ويلاحظ ان المغربي ينفرد بانه يشترط ان تثبت الزوجة غياب الزوج وتضررها من جرائه اما بالبينة او باليمين. واقترح ان ياخذ بهذا الشرط بقية القوانين لان هذا الاثبات من متطلبات القضاء العادل، كما اقترح تبديل عبارة (تصله الرسائل، ولا تصله الرسائل) ب (يمكن الاتصال به، ولا يمكن الاتصال به) في مواد القانون المصري والاردني والمغربي حتى يشمل التعبير كافة وسائل الاتصال في العصر الحديث.

وكذلك اقترح على المشرع الاردني ان يحذف عبارة (وكان معروف محل الاقامة) في المادة (١٢٣) لان المادتين (١٢٤، ١٢٥) تعتبران تفصيلا لها، فهذا القيد يجب ان يَرد في التفصيل.

٦- تناول المصري (٢١، ٢٢)، والاردني (م ١٧٧)، والتونسي (ف- ٨٢) موضوع التفريق لفقدان الزوج مع الاختلاف الاتي:

أ- التونسي حدد المدة بسنتين اذا كان الفقد في ظروف غير اعتيادية. بعد البحث والياس عن معرفة مصيره. وترك تقدير المدة لسلطة القاضي اذا فقد في الظروف الاعتيادية.

ب- يتفق المصري مع التونسي في ترك امر التقدير لسلطة القاضي في الفقد في ظروف اعتيادية. ويختلف معه في تحديد المدة باربع سنوات اذا فقد في حالة غير

---

[١] سورة البقرة: ٢٢٦، ٢٢٧.

اعتيادية كالحرب.

ج- يتفق الاردني مع المصري في تحديد المدة باربع سنوات لكن يختلف معه ومع التونسي في تحديد المدة بسنة واحدة اذا فُقد إثر كارثة كزلزال او غارة جوية.

واقترح ان يُترك تقدير المدة لسلطة القاضي في جميع الظروف والحالات يستعين بالوسائل الحديثة لمعرفة مصيره.

ولم يتطرق المشرع العراقي لهذا التفصيل باعتبار ان الكلام يخص التفريق قضاء لا الحكم بالموت.

٧- انفرد المشرع العراقي (م ٤٣ / ٩) باعطاء الزوجة حق طلب التفريق دون ان يكون هناك ضرر ارادي او لا ارادي فلها طلب التفريق في الفترة الواقعة بين عقد الزواج وبين الدخول.

والطلاق قبل الدخول وان اباحه القرآن في قوله تعالى: ﴿لاَّ جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ النِّسَاء مَا لَمْ تَمَسُّوهُنُّ... الآية﴾[1]. ولكن مع ذلك ارى ان لا يتسرع القاضي الى استجابة طلب التفريق حتى يعرف سر هذا الطلب ومدى نجاح وفشل هذا الزواج مستعينا بخبرته القضائية وبالحكمين والباحثة الاجتماعية، وذلك حفاظا على استمرار الحياة الزوجية وسمعة العائلة. لانه ما من طلاق او تفريق الا وتترتب عليه اساءة سمعة الزوجين او احدهما في الاقل.

ج- اعتداء احد الزوجين على الاخر بالكلام او الفعل:

اتفقت قوانين الأحوال الشخصية للبلاد العربية التي اطلعت عليها – باستثناء القانون المصري– على ان لكل من الزوجين ان يطلب من القضاء التفريق اذا ثبت اضرار الاخر به قولا او فعلا بحيث لا يمكن مع هذا الاضرار استمرار الحياة الزوجية (العراقي ٤٠/١)، الاردني (١٣٢)، السوري (م ١١٢) المغربي (ف – ٥٦)، التونسي (ف – ٣٢)، الكويتي (م ١١١).

لكن المشرع المصري (م٦) اعطى هذا الحق للزوجة فقط على اساس ان الزوج يملك الطلاق. وهناك بعض الخلافات الجزئية منها ما يلي:

---

[1] (لاَّ جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ النِّسَاء مَا لَمْ تَمَسُّوهُنُّ أَوْ تَفْرِضُواْ لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدْرُهُ مَتَاعاً بِالْمَعْرُوفِ حَقّاً عَلَى الْمُحْسِنِينَ)(البقرة: ٢٣٦).

١- ورد تعبير (لا يُستطاع)[1] في الكل عدا العراقي الذي جاء بكلمة (يتعذر) والمفضل هو الاول لان لفظ (يتعذر) يعني (يستحيل) وهذه الدرجة غير مطلوبة للحكم بالتفريق.

٢- يرى المشرع المصري ان هذا الحق يسقط بالتقادم فليس للمتضرر رفع الدعوى بعد مرور سنة على العلم بالضرر. واقترح حذف هذا الشرط لان علة الحكم هي الضرر والقاعدة تقضي بان الحكم يدور مع علته وجودا وعدما.

٣- اعتبر المشرع العراقي (م ٤٠/٥) والمصري (م ٦ مكرر) تعدد الزواج من باب الاضرار المبرر للتفريق فاعطى العراقي هذا الحق للزوجة السابقة واللاحقة (الجديدة) مطلقا اذا كان الزواج اللاحق بدون اذن المحكمة.

في حين ان المصري لم ياخذ بنظر الاعتبار وجود اذن المحكمة او عدمه كما انه لم يعط الحق للزوجة اللاحقة الا اذا اخفى عليه الزوج تزوجه بسواها.

واری ان النهج المصري هو الاقرب الى الصواب لان الزوجة الثانية اذا كانت عالمة بالزواج السابق تُعتبر معتدية على حق الزوجة السابقة فالمفروض انها لا تستحق حق طلب التفريق. ثم انه لا صلة بين الضرر الموجب للتفريق وبين عدم اذن المحكمة.

٤- اتفق الكل على عدم جواز تسرع القضاء الى التفريق الا بعد بذل محاولة الاصلاح مستعينا بالحكمين كما امر بذلك القرآن الكريم[2] غير ان الاختلاف حصل في تحديد طبيعة سلطة الحكمين: فذهب الاكثرية الى ان الحكم وكيل يقتصر دوره على الاصلاح فقط فليس له التفريق، كما ان القاضي ليس ملزما بما يقترحه او يقره الحكمان.

وذهب المشرع الاردني الى ان للحكمين سلطة اتخاذ القرار وعلى القاضي ان ينفذه حيث نصت فقرة ط / م ١٣٢ على ان (على الحكمين رفع التقرير الى القاضي بالنتيجة التي توصلا اليها، وعلى القاضي ان يحكم بمقتضى ما توصلا اليه اذا كان موافقا لاحكام هذا القانون).

وما ذكره الاخ الفاضل الشيخ احمد حسن طه[3] من (ان المشرع المصري ذهب الى

---

[1] أي لا يستطاع استمرار الحياة الزوجية مع الضرر.

[2] (وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَماً مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَماً مِّنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا إِصْلَاحاً يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيماً خَبِيراً)(النساء: ٣٥).

[3] في مؤلفه: مدى حرية الزوجين في التفريق قضاء ط / ١٩٧٥ ص ١١٦.

اعطاء الحكمين صلاحية اقرار التفريق من غير ان يكون للقاضي بد من تنفيذه، وان دور القاضي انما هو دور المبلغ عن الحكمين بالقرار) غير مطابق للواقع وان نـص (م ٩) نُقل خطا.

٥- ذكر المشرع العراقي بعض الحالات التي تكون الزوجة فيهـا متضـررة فلـها طلـب التفريق غير ان مصدر سبب الضرر ليس الزوج هو كما في حالة الزواج قبل اكمـال الثامنة عشرة دون موافقة القاضي (م ٤٠ / ٣). وفي حالة اكراهها علـى الـزواج خارج المحكمة (م ٤٠/٤) واقترح تبديل عبارة (قبل اكمال ثامنة عشر) بــ(قبل البلوغ) حتى يتفق مع راي فقهاء المسـلمين. وارى حـذف حالـة الاكـراه لان الـزواج بالاكراه فاسد والتفريق يكون للزواج الصحيح كما نص المشرع على بطلانه في نفس (م ٩ / ١).

وقد اكد الرسول ﷺ على ان اذن البالغة العاقلة شرط لصحة زواجها في قولـه: (لا تُنكح الايم حتى تُستامر ولا تُنكح البكر حتى تُستاذن)[1].

د- ارتكاب معصية من احد الزوجين يترتب عليها ضرر الاخر:

ومن صور هذه المعصية ما يلي:

١- ردة احد الزوجين.

٢- اباء احد الزوجين الإسلام بعد اعتناقه من الاخر باستثناء حالة كون الزوجة كتابيـة بعد اسلام الزوج حيث نص القرآن الكريم على صحة الزواج في هـذه الحالـة نشـوءا وبقاء[2].

٣- الايلاء. وقد سبق بيان عناصره واحكامه مفصلا.

٤- اللعان بعد تهمة الخيانة الزوجية، وقد بينا احكامه.

ولم يعالج القانون الحالتين الاوليين – حسب ما اعلم -.

وانفرد القانون المغربي (ف – ٥٨) ببيان حكم التفريق بالايلاء كما ذكرنا. وتناول المشرع العراقي حكم (م ٤٣) المعدلة التفريق للخيانة الزوجية، واعطى اللواطة نفس الحكم، ولكن لم

---

(١) القسطلاني شرح صحيح البخاري ٦/١٤٤.

(٢) (وطعام الذين اوتوا الكتاب حل لكم وطعامكم حل لهم والمحصنات من المؤمنات والمحصنات من الذين اوتوا الكتاب من قبلكم)(المائدة الاية: ٥).

يبحث اللعان المبني على اتهام الزوج زوجته بالخيانة الزوجية كما هو المقرر في الشريعة الإسلامية) حيث ان التفريق يترتب على عملية اللعان تلقائيا كما هو راي بعض الفقهاء او بعد حكم القضاء. كما ذهب اليه الاخرون، وقد بينا ذلك مفصلا [1].

ونتمنى ان ينهض التشريع في العالم الإسلامي بتنظيم احكام الزواج والطلاق تنظيما يضمن سعادة واستقرار حياة الأسرة المسلمة، ويتفق مع روح الشريعة الإسلامية الغراء دون تقيد بمذهب معين.

ونضع هذا البحث المتواضع بين يدي المشرع العراقي لعله يأخذ بالرأي الراجح من آراء فقهاء المسلمين التي طرحتها بصدد الطلاق والتفريق.

(وفق الله الجميع لعمل الخير)

---

(١) ص ٢٢١ وما بعدها.



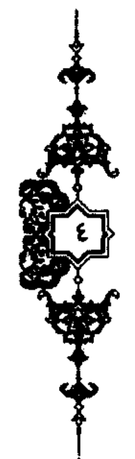
الفصل الرابع

آثار فِرَق الزواج

الفِرقة بين الزوجين تكون إما بالطلاق أو التفريق القضائي او الفسخ او ارتداد احد الزوجين او وفاة احدهما. وآثار كل تصرف شرعي وقانوني عبارة عن الحقوق والالتزامات المترتبة على هذا التصرف. وهذه الآثار إما ان تكون بالنسبة لكل طرفي التصرف كالحقوق والالتزامات الزوجية المتبادلة المترتبة على الزواج الصحيح. أو تكون بالنسبة لأحد الطرفين دون الآخر كالتزام الزوجة بالعدة وحق الزوج من التزوج بعمة زوجته او خالتها او أختها بعد الفرقة بينهما وإنتهاء عدة الزوجة.

وآثار الفرقة في جميع صورها إما غير مالية كالعدة او مالية كنفقة العدة والمهر المؤجل والمتعة او مختلطة (مالية وغير مالية) كالحضانة.

وبناءاً على ذلك توزع دراسة هذه الاثار على ثلاثة مباحث، يخصص الاول للاثار غير المالية، والثاني للاثار المالية، والثالث للاثار المختلطة.



المبحث الاول

الاثار غير المالية

ومن اهم هذه الاثار العدة وهي من التزامات الزوجة وحقوق الله فلا يجوز الاتفاق على نفيها او التنازل عنها.

العدة في لغة العرب الاحصاء، يقال عدّ الشيءَ يعده عداً: احصاه وعددت الشيء: احصيته.

والانقضاء يُقال اعتدت المراة: انقضت ايام عدتها.

وفي الاصطلاح الشرعي والقانوني اجل حدده الشارع لانقضاء ما بقى من آثار الزواج بعد الفرقة. وبتعبير آخر تربص تلتزم به الزوجة بعد زوال الزواج او ما يقوم مكانه كالدخول في الزواج الفاسد.

يُقصد بالتربص الذي تلتزم به الزوجة انتظارها وعدم التزوج من آخر حتى تنتهي تلك المدة التي حددها الشارع.

اما الزوج فلا عدة عليه لأن العلة الموجبة لإيجابها لا تتوافر فيه والحكم يدور مع علته وجودا وعدما.

لكن قد تشترط مدة العدة بالنسبة للزوج ايضا عندما يقوم مانع يحول دون زواجه الجديد، كمن طلّق زوجته واراد ان يتزوج أختها، يجب عليه التربص حتى تنتهي عدة زوجته المطلقة.

العلل الموجبة لوجوب العدة

من عللها الغائية ما يلي:

أ. التأكد من براءة رحم الزوجة التي حصلت الفرقة بينها وبين زوجها إذا كانت أهلا للانجاب استبعادا لاختلاط النسب من جهة وإعطاء مجال لتدارك الندم بعد الفرقة إذا ظهر لها حمل من جهة اخرى.

ب. إعطاء الشارع مهلة لاستئناف حياة الزوجية عن طريق عدم التسرع في الزواج الجديد كما في الطلاق دون المرة الثالثة، حيث يحق للزوج ان يُراجعها اثناء العدة بدون عقد جديد أو يتزوجها بعقد جديد أثناء العدة او بعدها ما لم تتزوج .

ج. حداد الزوجة على زوجها في حالة وفاته مدة حددها الشارع.

ح. التنويه بعظم شأن الزواج فلا ينتهي الا بعد انتظار او اناة، وبناءا على هذه العلل المتعددة لوجوب العدة لا نجد مبرراً لقول فقهاء الإمامية بعدم وجوب العدة على صغيرة لم تدخل سن الحيض وكبيرة جاوزت سن الحيض ودخلت سن اليأس. لأن هذا الاجتهاد إنما يقوم على أساس وحدة العلة وهي التي وردت في الفقرة .(أ)

اسباب وجوب العدة:

وهي اجمالا الفرقة بين الزوجين والدخول في الزواج الفاسد او بالشبهة، وتفصيلا الطلاق والتفريق القضائي والفسخ وارتداد احد الزوجين والدخول في الزواج الفاسد او بالشبهة والوفاة.

شروط وجوب العدة:

يشترط لوجوب العدة شرطان:

احدهما ان يتحقق سبب من أسباب الفرقة المذكورة.

والثاني ان تكون الفرقة بعد الدخول بالنسبة لغير المتوفى عنها زوجها، ففي هذه الحالة الثانية تجب على الزوجة العدة مطلقاً، سواء كانت مدخولاً بها او لا، وعدتها اربعة اشهر وعشرة أيام لعموم قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾.[1]

ولها الميراث ايضا مطلقا سواء كانت مدخولا بها او لا لنفس السبب، فعدة الوفاة وميراث الزوجة المتوفى عنها زوجها لا يرتبطان بالدخول لأن الآية عامة لا تُفرق بين المدخول بها وغير المدخول بها، ولأن طابع الحداد في هذه العدة هو الغالب على غيره.

وشرط الدخول بالنسبة لغير الوفاة نص عليه القرآن الكريم في قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ[2] فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا فَمَتِّعُوهُنَّ وَسَرِّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾[3].

---

[1] سورة البقرة / ٢٣٤.

[2] أي من قبل ان تدخلوا بهن

[3] سورة الاحزاب / ٤٩.

انواع العدة:

انواع العدة من حيث طبيعتها اربعة وهي:

اولا: العدة بالقرء:

وقد اختلف الفقهاء في تحديد المعنى المراد من القرء لأنه مشترك في لغة العرب بين الطهر والحيض.

من الواضح ان المشترك غامض اذا لم تقم قرينة على تحديد المعنى المراد من المدلول عليه لهذا المشترك، قال سبحانه وتعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلاَثَةَ قُرُوءٍ﴾[1]. ولفظ (المطلقات) من صيغ العموم لانه جمع مؤنث سالم محلى باال الاستغراق، غير ان هذا العموم خُصص بالآيات الأخر التي تناولت حكم عدة الوفاة وعدة الصغيرة دون سن الحيض وعدة من دخلت سن اليأس وانقطع حيضها، بناءا على ذلك ان المراد بالمطلقات في هذه الآية النساء من ذوات الحيض.

وكما ذكرنا انفا اختلف الفقهاء في المعنى المراد من القرء:

فقال الحنفية[2] والحنابلة[3] والاباضية[4] ان المراد به هو الحيض وقال الشافعية[5]والمالكية[6] والشيعة الامامية[7] والظاهرية[8] ان المراد به هو الطهر.

ادلة الطرفين: يُراجَع بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد[9] للاطلاع على هذه الادلة للطرفين.

ثمرة الخلاف:

---

(1) سورة البقرة / ٢٢٨

(2) الهداية وشرح فتح القدير ٤ / ٣٠٨.

(3) المغني لابن قدامة ٧/ ٤٥١.

(4) كتاب النكاح للجناوني ص ٣١٢.

(5) مغني المحتاج للشربيني ٣ / ٣٨٥.

(6) شرح الخرشي ٤ / ١٣٨

(7) الروضة البهية واللمعة الدمشقية ٢ / ١٥٦.

(8) المحلى لابن حزم الظاهرية ١٠ / ٢٥٧

(9) ٢ / ٧٤ وما يليها.

ثمرة الخلاف المذكور في تحديد المعنى المراد من لفظ القرء هو الاختلاف في الاحكام الاتية:

١- للزوج حق الرجعة في الحيضة الثالثة على الرأي الاول الذاهب الى ان المـراد بـالقرء هو الحيض دون الثاني القائل بأن المراد بـه هـو الطهـر، لأن العـدة في هـذا الـرأي الثاني تنتهي بالدخول في الحيضة الثالثة لاعتبار الجزء الذي طلقت فيه من الطهـر قرءا كاملا.

٢- يجوز زواج اخت المطلقة في الحيضة الثالثة على الرأي الثاني لانتهاء عدتها بالدخول فيها دون الاول.

٣- لها ان تتزوج في الحيضة الثالثة على الراي الثاني دون الاول.

٤- تستحق النفقة والسكنى في الحيض الثالثة على الراي الاول دون الثاني لان الحيضة التي طُلِقت فيها لا تُعتبر قرءا.

٥- يجوز زواج الخامسة في الحيضة الثالثة على الراي الثاني دون الاول.

٦- اذا مات احدهما في الحيضة الثالثة يرثه الاخر على الراي الاول دون الثاني اذا كان الطلاق رجعيا لان عدتها لم تنته بعد.

ثانيا. العدة بالاشهر:

تكون العدة بالاشهر في احدى الحالتين التاليتين: احداهما اذا لم تكـن الزوجـة مـن ذوات الحيض لصغر سن او بلغت بالسن ولم تحض او بلغت سن الياس وانقطع حيضـها وتختلـف سـن الياس باختلاف الاقاليم والامصار من حيث الجو والمناخ وباختلاف القابلية البدنية والصحية للمراة.

لذا لا يمكن وضع معيار موضوعي ثابت بالنسبة لجميع النسـاء وفي جميـع الاقـاليم في العالم، لكن غالبا تدخل المراة سن الياس بعد خمس وخمسين سنة من عمرها ومصـدر العـدة بالاشهر قوله تعالى: ﴿وَاللاَّئِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلاَثَةُ أَشْهُرٍ وَاللاَّئِي لَمْ يَحِضْنَ﴾.[1]

والحالة الثانية هي عدة الوفاة بالنسبة لغير الحامل فاذا توفي الـزوج عـن زوجـة لم تكـن حاملا فعدتها اربعة اشهر وعشرة ايام من تاريخ الوفاة لقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾.

---

[1] سورة الطلاق / ٤

ثالثا. العدة بوضع الحمل:

اذا كانت الزوجة حاملا وقت الفرقة بغير الوفاة، تنتهي عدتها بوضع الحمل لقوله تعالى: ﴿وَأُوْلَاتُ الأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾.[١]

رابعا: العدة بابعد الاجلين:

اذا كان المتوفى عنها زوجها حاملا تنتهي عدتها بابعد الاجلين من وضع الحمل واربعة اشهر وعشرة ايام فاذا وضعت الحمل ولم تنته مدة اربعة اشهر وعشرة ايام تنتظر انتهاء هذه المدة. واذا انتهت المدة ولم تضع الحمل بعد تنتظر وضع الحمل.[٢] وذلك جمعا بين آية عدة الوفاة بالاشهر وآية العدة بوضع الحمل لان النسبة بي هاتين الاتين العموم والخصوص من وجه: فآية: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾ خاصة بالوفاة وعامة تشمل الحامل وغير الحامل وآية: ﴿وَأُوْلَاتُ الأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ خاصة بالحامل وعامة تشمل المطلقة والمتوفى عنها زوجها، وبناء على ذلك يُجمع بينهما ويُعمل بكلتا الآيتين ومن الواضح ان العمل بالقرآن يُقدم على العمل بالحديث اذا تعارضا.[٣]

تحول العدة من نوع الى نوع آخر:

قد تبدأ المرأة بنوع من الانواع المذكورة من العدة الواجبة عليها في الاصل ثم يطراء عارض يوجب عليها العدة بنوع اخر ومن هذه الحالات:

أ. اذا اعتدت المراة بالاشهر لغير الوفاة لصغر سن او دخول في سن الياس ثم دخلت في الحيض قبل انقضاء الاشهر الثلاثة وجب عليها ان تستانف عدة جديدة بثلاث حيضات كاملات.

ب. اذا كانت من ذوات الحيض فاعتدت بالقرء فقبل انتهاء عدتها بالقرء دخلت سن الياس فانقطع الحيض فتعتد عدة الآيسة بالاشهر، ويرى بعض الفقهاء [٤] ان كل

---

(١) سورة الطلاق /٤

(٢) وبه اخذ المشرع العراقي في المادة(٤٨/٣).

(٣) كما في حديث سبيعة الاسلمية.

(٤) كالامامية. ينظر شرائع الاسلام ٢/ ٦٢.

حيضة تعتبر شهرا فاذا اعتدت بالقرء بعد حيضة واحدة ودخلت سن اليأس تعتد شهرين بعد الحيضة واذا قضت حيضتان ودخلت سن اليأس تعتد شهراً واحداً.

ج- اذا تُوفي زوجها اثناء العدة وهي مطلقة طلاقا رجعيا تتحول عدة الطلاق سواء كانت بالاشهر او بالقرء الى عدة الوفاة لانها في حكم الزوجة قبل انتهاء عدتها.

بخلاف المطلقة طلاقا بائنا فان عدتها لا تتحول الى عدة الوفاة بل تستمر على العدة التي بدات بها سواء كانت بالقرء او بالاشهر لانقطاع علاقة الزوجية حقيقة وحكما، ولانها لا ترث منه اذا مات بعد وقوع الطلاق البائن.

عدة الدخول في الزواج الفاسد او بالشبهة: اذا كان الدخول في الزواج الفاسد او بالشبهة بان دخل بامراة ظانا انها زوجته وهي ليست زوجته، تسرى عليه احكام الدخول في الزواج الصحيح.

متى تبدا العدة ومتى تنتهي ؟

أ. تبدا العدة عند بدء سببها من الفرقة بالطلاق او التفريق القضائي او الفسخ او بالوفاة، ولكن بالنسبة لعدة الدخول في زواج فاسد ذهب جمهور الفقهاء الى انها تبدأ من الدخول الاخير، لكن ذهب البعض مثل زُفَر من الحنفية الى ان العدة تبدا من تاريخ التفريق بين الزوجين بسبب فساد الزواج، وهذا الراي هو الراجح والقمين بالاخذ به من وجهة نظرنا وفي الوطء بالشبهة تبدا العدة من الوطء الاخير.

ب. تنتهي العدة بانتهاء اليوم الاخير اذا كانت العدة بالاشهر وبثلاث حيضات كاملات بعد الفرقة اذا طُلقت في الطهر، لان الجزء الذي طُلقت فيه يُحسب قرءا لها بخلاف ما اذا طُلقت في الحيض، فان هذه الحيضة لا تُعتبر قرءا ولهذا الفرق قال سبحانه وتعالى: ﴿يَاأَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾ أي في وقت تبدأ فيه العدة.

المبحث الثاني

الاثار المالية

من اهم الاثار المالية لفرقة الزواج ما ياتي:

١- الميراث

٢- نفقة العدة

٣- متعة الطلاق

٤- تعويض ضرر الطلاق التعسفي

٥- حلول اجل المهر المؤجل ووجوب دفعه بدون تاخير

٦- اجرة الرضاعة

الميراث:

اذا انعقد الزواج صحيحا ومات احدهما بعد انعقاده ولو بلحظة واحدة يرثه الاخر فلا يشترط الدخول ولا الخلوة الصحيحة لاستحقاق ميراث احد الزوجين من الاخر.

والميراث من الاثار المالية لفرقة الزواج بسبب الوفاة كما ياتي:-

لاستحقاق الزوج لميراث زوجته بسبب الزوجية حالتان:

احداهما: - له نصف تركة زوجته المتوفاة اذا لم يكن لها فرع وارث لا منه ولا من زوج سابق [1].

فاذا انحصرت ورثة في زوج واخ شقيق للزوج نصف التركة وللاخ الشقيق النصف الاخر. [2]

---

(1) المراد بالفرع الوارث عند جمهور الفقهاء هو الابن والبنت واولاد الابن واولاد ابن الابن وان نزلوا ذكورا كانوا ام اناثا.

وعند الشيعة الامامية بالاضافة الى هؤلاء يعتبر من الفرع الوارث اولاد البنت واولاد بنت الابن واولاد بنت ابن الابن وان نزلوا.

ينظر ايضاح الفوائد في شرح اشكالات القواعد للشيخ ابي طالب محمد بن الحسن الحلي ط / ١٣٨٩، ٢٣٨/٣.

(2) بعد اخراج الدين والوصية.

والثانية:- له ربع تركة زوجته المتوفاة اذا كان لها فرع وارث منه او من زوج سابق بعد اخراج الدين والوصية اذا وُجِدا، فاذا ماتت عن زوج وابن للزوج الربع وللابن الباقي.

ومصدر هاتين الحالتين القرآن الكريم، قال تعالى: ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُنَّ وَلَدٌ[1] فَإِنْ كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمُ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْنَ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِينَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾[2]

وقد يجتمع في الزوج سببان للميراث (الزوجية والقرابة) بان يكون الزوج ابن عم لزوجته ولا يكون لها وارث اخر اقرب منه قرابة، ففي هذه الحالة يرث الباقي قرابة وتعصيبا.

وعند بعض الفقهاء يرث الزوج الباقي بالرد ان لم يكن لزوجته وارث اخر [3].

وهذا هو الصواب في راينا المتواضع ولا يُعطى للخزانة العامة الباقي.

استحقاق الزوجة من ميراث زوجها المتوفى:

للزوجة واحدة كانت ام اكثر الى حد اربع زوجات حالتان:-

احداهما:- لزوجة واحدة فاكثر ربع تركة الزوج المتوفى ان لم يكن له فرع وارث لا من الزوجة الوارثة ولا من زوجة اخرى، فاذا توفى عن زوجة فاكثر وعم شقيق، للزوجة ربع تركته بعد اخراج الدين والوصية وللعم الباقي.

والثانية:- ان لزوجة واحدة فاكثر ثمن تركة الزوج المتوفى ان كان له فرع وارث منها او من زوجة اخرى. فاذا توفى عن زوجة وابن او ابن ابن، لزوجته واحدة فاكثر الثمن والباقي للابن او ابن الابن. وهاتان الحالتان تُطبقان بعد اخراج حصتها من التركة بمقدار ما ساهمت في تكوينها لأنها بمثابة الدين المتعلق بالتركة.

ومصدر هاتين الحالتين قوله تعالى: ﴿وَلَهُنَّ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْتُمْ إِن لَّمْ يَكُن لَّكُمْ وَلَدٌ فَإِن كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثُّمُنُ مِمَّا تَرَكْتُم مِّن بَعْدِ وَصِيَّةٍ تُوصُونَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾.[1]

---

[1] يشمل الولد في لغة العرب الذكر والانثى والمراد به الفرع الوارث كما سبق

[2] سورة النساء / ١٢

[3] وفرق فقهاء الامامية (الجعفرية) بين الزوج والزوجة في الرد أي في الاستحقاق فيما يبقى من التركة بعد ان ياخذ كل ذي حق حقه من التركة، فاذا لم يكن هناك وارث اخر يكون للزوج دون الزوجة الحق في الباقي عن طريق الرد. ينظر ايضاح الفوائد – المرجع السابق ٤/٢٣٧.

[1] سورة النساء / ١٢

ذهب جمهور فقهاء الشريعة الى انه ليس لكل من الزوجين الباقي بالرد عند عدم وجود وارث اخر، بل يكون الباقي للخزانة العامة على اساس ان (الدولة وارثة لمن لا وارث له).

وقال عثمان بن عفان (الخليفة الثالث)ﷺ:- للزوجين الباقي عن طريق الرد كبقية الورثة عملا بقاعدة (الغنم بالغرم) لانه في حالة العَول يدخل النقص على انصبة اصحاب الفروض من التركة بدون فرق بين الزوجين وغيرهما من اصحاب الفروض، فيجب ان يكونا مشمولين بالرد كشمولهما للعول.[1]

وفي راينا المتواضع يجب العمل بهذا الراي لعدالته وتوافقه مع روح الشريعة الإسلامية.[2]

نفقة المعتدة:

سبق ان ذكرنا ان اسباب العدة متعددة منها الفرقة بالوفاة او الطلاق او الفسخ او الدخول بالشبهة. وبيّنا انواع العدة فهي قد تكون بالقرء وقد تكون بالاشهر او وضع الحمل بالنسبة للحامل او ابعد الاجلين كما في عدة المتوفى عنها زوجها وهي حامل.

وفي جميع الأحوال تجب النفقة للمعتدة لانها محبوسة الزوج كما في حال قيام الزوجية فتلتزم بعدم الزواج من زوج اخر الا بعد انتهاء عدتها.

وجدير بالذكر ان العدة من حقوق الله المحضة فلا يجري فيها التعديل والتنازل كما انها من الالتزامات الزوجية التي لا دخل لارادتها فيها.

لا خلاف بين فقهاء الشريعة الإسلامية في وجوب النفقة والسكن للزوجة المطلقة طلاقا رجعيا الى انقضاء عدتها لانها زوجة حكمية فنفقتها واجبة كنفقة الزوجة الحقيقية مثل الطلاق.

وكذلك لا خلاف في وجوب نفقة المطلقة الحامل حتى تضع حملها لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ كُنَّ أُولاَتِ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾[3]سواء كان الطلاق رجعيا ام بائنا.

كما لا خلاف في عدم وجوب النفقة للمعتدة بعد فرقة من زواج فاسد او دخول بشبهة، سواء كانت حاملا ام حائلا، لانها لا تستحق النفقة قبل هذه الفرقة لعدم مشروعية العلاقة

---

(١) العول هو الزيادة في عدد الاسهم والنقص في مقدارها عند وجود ما يبرره والرد عكس ذلك.

(٢) ينظر مؤلفنا احكام الميراث والوصية وحق الانتقال ص ٣١-٣٣.

(٣) سورة الطلاق / ٦

بين الرجل والمراة، فمن باب اولى ان لا تستحقها بعد الفرقة.

لكنهم اختلفوا في حكم نفقة المطلقة طلاقا بائنا[١]

اختلف فقهاء الشريعة في نفقة عدة الطلاق البائن كالاتي:-

أ- قال البعض[٢]:- انها تستحق السكن فقط دون النفقة اذا كانت حائلا، ولها النفقة اضافة الى السكن اذا كانت حاملا، لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ كُنَّ أُولاَتِ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ على اساس ان للشرط الوارد في هذه الاية مفهوم المخالفة وهو عدم وجوب النفقة للمطلقة طلاقا بائنا اذا لم تكن حاملا.

ب- وذهب البعض[١]:- الى انها لا نفقة ولا السكن اذا كانت حائلا لحديث فاطمة بنت قيس ان زوجها طلقها ثلاثا فلم يجعل لها الرسول ﷺ سكنى ولا نفقة.[٢]

ج- ويرى الحنفية ومن وافقهم ان لها السكن والنفقة لانها محبوسة للزوج خلال مدة العدة فعلى الحابس نفقة محبوسه.

وفي راينا المتواضع يجب ان يؤخذ بهذا القول الاخير للادلة الاتية:-

١- قوله تعالى: ﴿يَاأَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لاَ تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلاَ يَخْرُجْنَ إِلاَّ أَنْ يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ﴾[٣]

والطلاق في هذه الاية عام يشمل الطلاق الرجعي والطلاق البائن.

فاذا كان رجعيا فلا مانع شرعا من بقائها مع الزوج في بيت الزوجية ولو في غرفة واحدة لان هذا الطلاق لا يحرمها على زوجها خلال مدة العدة.

وبقاؤها مع الزوج المطلق في غرفة واحدة [٤] اثناء العدة عامل مشجع لاستئناف الحياة الزوجية، كما اشار الى ذلك سبحانه وتعالى في نهاية الاية بقوله: ﴿لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا﴾.

---

(١) ولم يقل احد – حسب ما اعلم – بوجوب نفقة المعتدة عدة الوفاة من تركة زوجها على اساس انقطاع التزام الزوج المتوفي بهذه النفقة بعد ان فقد اهليته بالوفاة.

(٢) كالمالكية والشافعية.

(١) كالحنابلة والامامية.

(٢) وقد طعن سيدنا عمر بن الخطاب هذا الحديث بقوله (لا نترك كتاب الله وسنة رسول الله بقول امراة لا تدرى اصدقت ام كذبت.

(٣) سورة الطلاق /١

ومن المؤسف ان الاعراف والعادات الفاسدة السائدة بين المسلمين هي اخراج المطلقة من بيت الزوجية بعد الطلاق فورا. وهذا مخالف للاية المذكورة التي تنهى صراحة عن اخراجهن من بيوتهن وقد نسب سبحانه وتعالى البيت اليهن لا الى الازواج تأكيدا على عدم جواز اخراجهن بعد الطلاق في اثناء العدة.

٢- قوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ وَإِن كُنَّ أُولَاتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ وَأْتَمِرُوا بَيْنَكُم بِمَعْرُوفٍ وَإِن تَعَاسَرْتُمْ فَسَتُرْضِعُ لَهُ أُخْرَىٰ﴾.[1]

وجدير بالذكر ان الشرط الوارد في هذه الاية: ﴿وَإِن كُنَّ أُولَاتِ حَمْلٍ﴾ ليس له مفهوم المخالفة وانما جاء للتاكيد على استمرار الانفاق الى وضع الحمل.

٣- قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا وَصِيَّةً لِّأَزْوَاجِهِم مَّتَاعًا إِلَى الْحَوْلِ غَيْرَ إِخْرَاجٍ فَإِنْ خَرَجْنَ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِي مَا فَعَلْنَ فِي أَنفُسِهِنَّ مِن مَّعْرُوفٍ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ، وَلِلْمُطَلَّقَاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾.[2]

وقد زعم الكثير من المفسرين وعلماء اصول الفقه قديما وحديثا ان هذه الاية كانت لايجاب عدة الوفاة لمدة سنة ثم نُسخت بقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾.[3] وهذا الزعم باطل لعدم وجود التناقض بين الايتين حتى يُرفع بنسخ احداهما للاخرى وذلك لاختلاف الموضوع في الايتين.

فاية (٢٤٠) موضوعها حقوق الإنسان فهي تبين حقا من الحقوق الزوجية للمتوفى عنها زوجها بعد وفاة الزوج بدليل قوله تعالى في نفس الآية: ﴿وصية لازواجكم﴾ وهذا الحق فسره قوله تعالى: ﴿مَّتَاعًا إِلَى الْحَوْلِ غَيْرَ إِخْرَاجٍ﴾.

ومضمون هذه الاية كما هو واضح ان للزوجة البقاء في بيت الزوجية لمدة سنة ولها السكن والنفقة مع منح حق الحرية لها في الخروج وعدم بقائها مع اسرة المتوفى، بدليل قوله تعالى: ﴿فان خرجن فلا جناح عليكم فيما فعلن في انفسهن من معروف﴾.

---

[٤] اما اذا كان الطلاق بائنا فعليها ان تسكن في غرفة اخرى من بيت الزوجية لعدم جواز اجتماعهما في غرفة واحدة بعد الطلاق البائن.

[1] سورة الطلاق / ٦

[2] سورة البقرة / ٢٤٠

[3] سورة البقرة / ٢٣٤

بينما ان الاية (٢٣٤) موضوعها حق من حقوق الله المحضة فهي تبين واجبا من الواجبات والالتزامات الزوجية فيجب على المتوفى عنها زوجها البقاء في بيت الزوجية والتربص مدة اربعة اشهر وعشرة ايام.

والقول بنسخ اية (٢٤٠) الخاصة بحق من حقوق المراة المحضة بعد الفرقة بالوفاة بآية (٢٣٤) الخاصة بحق من حقوق الله المحضة باطل للاسباب الاتية:

اولا: عدم وجود التعارض او التناقض بين الايتين حتى يُرفع بنسخ احداهما بالاخرى، لان من شروط التعارض او التناقض وحدة الموضوع وهذا لم يتحقق في هاتين الايتين كما ذكرنا انفا.

وجدير بالذكر ان النسخ الذي يُسمى الالغاء في القانون اما صريح او ضمني، والصريح هو ان ينص القرآن على ان الاية كذا نُسخت بآية كذا وهذا ما لا نجده في القرآن الكريم.

والنسخ الضمني لا يكون الا بعد قيام التناقض بين آيتين، فعندئذ يُقال ان الاية اللاحقة في النزول نسخت السابقة لرفع التناقض بينهما، وهذا ايضا غير موجود في القرآن الكريم، فلا توجد فيه ايتان متناقضتان باجماع عقلاء المسلمين لان المتناقضين لا يجتمعان ولا يرتفعان باتفاق اراء الفلاسفة وعلماء الإسلام وغيرهم.[1]

ثانيا: لو صحّ القول بان الاية (٢٤٠) نُسخت باية (٢٣٤) للزم عدم جواز بقاء زوجة المتوفى في بيت الزوجية اكثر من اربعة اشهر وعشرة ايام لان الزيادة على هذه المدة قد نُسخت على حد زعمهم، ومن الواضح ان الجواز اذا نُسخ حلّ محله التحريم واللازم باطل باجماع الفقهاء المسلمين وكذلك الملزوم.

ثالثا:- تقدم الاية الناسخة على المنسوخة في ترتيب القرآن قرينة واضحة على بُطلان زعم النسخ المذكور.

متعة الطلاق:

متعة الطلاق عبارة عن مقدار من المال نقودا او سلعة او البسة او اية حاجة مالية اخرى تنتفع بها الزوجة المطلقة بعد طلاقها ويلتزم الزوج المطلق بدفعه لها بعد الطلاق.

---

[1] لمزيد من التفصيل يراجع مؤلفنا: التبيان لرفع غموض النسخ في القران في موضوع شروط النسخ.

حكم المتعة :-

اختلف الفقهاء في حكمها كالاتي:-

ا- قال البعض [1]:- انها واجبة لكل مطلقة لعموم الاوامر في ايات القرآن.

ب- ذهب البعض [2]:- الى انها ليست واجبة مطلقا وحمل هذا البعض اوامر القرآن بها على الندب دون الوجوب بقرينه قوله تعالى في احدى الايات الامرة بالمتعة: ﴿حق على المحسنين﴾ أي المتفضلين المتجملين وما كان من باب الجمال والاحسان ليس بواجب.

ج- ويرى البعض [3]:- انها واجبة لأمرأة طُلقت قبل الدخول وقبل تحديد مهر صحيح مشروع لها. اما في حالة عدم تسمية المهر او تسمية مهر فاسد فتجب للمطلقة المتعة استنادا الى المقارنة بين قوله تعالى: ﴿يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ [4] ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا فَمَتِّعُوهُنَّ وَسَرِّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلاً﴾[5] وقوله تعالى: ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾[6] فيوخذ من هذه المقارنة بين هاتين الايتين انه لا وجوب للمتعة مع تسمية المهر والطلاق قبل المسيس[7].

وفي راينا المتواضع ان المتعة واجبة اذا طُلقت قبل الدخول في حالة عدم تسمية المهر الصحيح ومندوبة في سائر الحالات جمعا بين الادلة المذكورة. وجدير بالذكر انه في حالة تقدير المتعة يجب رعاية مركز كل من المُطلق والمطلقة اجتماعيا واقتصاديا.

---

(١) كفقهاء الظاهرية

(٢) كالامام مالك

(٣) كالامام ابي حنيفة.

(٤) أي المسلمات والكتابيات

(٥) سورة البقرة / ٤٩

(٦) سورة البقرة / ٢٣٧

(٧) ينظر بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد ٢/٨٠ – ٨١.

تعويض ضرر الطلاق التعسفي:

اذا ترتب على طلاق الزوجة في حالة عدم ثبوت تقصير منها ضرر مادي او معنوي يلحق بها نتيجة هذا الطلاق فيجب لها تعويض يتناسب مع حجم هذا الضرر بعد تقريره من قبل اهل الخبرة.

ومصدر هذا التعويض القرآن الكريم والسنة النبوية والقانون.

أ - **القرآن**: قال سبحانه وتعالى في حكم المطلقات: ﴿وَلاَ تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ﴾[1] ومن الواضح ان الضرر المنهي عنه يستوجب التعويض اذا حصل.

ب - **السنة النبوية**:- قال الرسول ﷺ: ﴿لا ضرر ولا ضرار﴾ وفي رواية اخرى: ﴿لا ضرر ولا ضرار في الإسلام﴾.[1]

ج - **القانون**:- نصت الفقرة الثالثة من المادة التاسعة والثلاثين من قانون الأحوال الشخصية العراقي القائم على انه (اذا طلق الزوج زوجته وتبين للمحكمة ان الزوج مُتعسف في طلاقها وان الزوجة اصابها ضرر من جراء ذلك، تحكم المحكمة بطلب منها على مطلقها بتعويض يتناسب وحالته المالية ودرجة تعسفه. يُقدر جملة على ان لا يتجاوز نفقتها لمدة سنتين علاوة على حقوقها الثابتة الاخرى).

وبناء على هذه المصادر يجب على الزوج تعويض زوجته عن كل ضرر يلحقها بسبب الطلاق غير المبرر وعلى سبيل المثل لو طلب منها الاستقالة من وظيفتها او ابطال دراستها او الانصراف عن المشروع المالي الذي هي بصدد انشائه ففعلت ذلك او وهبته مهرها المؤجل او أي مال اخر لغرض استمرارية الحياة الزوجية ثم طلقها بدون تقصير منها، يجب عليه التعويض في ضوء حجم الضرر ومركزه المالي.

---

[1] سورة الطلاق / ١

[1] الفرق بين الضرر والضرار ان الاول هو احداث الضرر بالغير بدون مبرر والضرار هو مقابلة الضرر بالضرر فمن الحق ضررا بالغير. فجزاؤه تعويضه فلا يجوز الجزاء بالضرر بناء على القاعدة الشرعية والقانونية (الضرر لا يزال بمثله).

حلول اجل المهر المؤجل:-

يحل اجل المهر المؤجل باقرب الاجلين الطلاق والوفاة.

والاصل في المهر ان يكون حالا غير مؤجل لكن تأجيل كله أو بعضه ليس مخالفا للنظام العام، فلهما الاتفاق على حلول كله او تاجيل كله او حلول البعض وتاجيل البعض، فاذا حصلت الفرقة بالطلاق او الوفاة يصبح المهر المؤخر حالا فيجب الوفاء به بدون تاخير.

اجرة الرضاعة:-

ارضاع الطفل في حال قيام الزوجية واجب على امه اذا لم يكن هناك مانع ويكون هذا الارضاع بدون مقابل لعدم جواز اخذ الاجر على الواجب بالاجماع.

واذا لم تكن ام الطفل على قيد الحياة او كان فيها مانع من الارضاع كالضعف والمرض تسترضع له مرضعة اخرى مقابل اجرة ان لم تتبرع به.

والاجرة في جميع الحالات تكون في مال الطفل اذا كان له مال وان لم يكن له مال تكون على الوالد لقوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ﴾.

واذا لم يكن لوالد الطفل مال ولم يكن قادرا على الكسب او كان ميتا فتجب الاجرة على من يرث من تركة هذا الطفل لقوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ﴾.

ومصدر هذه الاحكام قوله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلاَدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لاَ تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلاَّ وُسْعَهَا لاَ تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلاَ مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ فَإِنْ أَرَادَا فِصَالاً عَنْ تَرَاضٍ مِنْهُمَا وَتَشَاوُرٍ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَا وَإِنْ أَرَدْتُمْ أَنْ تَسْتَرْضِعُوا أَوْلاَدَكُمْ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِذَا سَلَّمْتُمْ مَا آتَيْتُمْ بِالْمَعْرُوفِ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ﴾.[١]

وجدير بالذكر انني قد استخرجت من هذه الاية الكريمة ستة عشر حكما، ثمانية منها مدلول عليها منطوقا والثمانية الاخرى دلّت عليها هذه الاية الكريمة اشارة.[٢]

---

[١] سورة البقرة / ٢٣٣

[٢] ومن يروم الاطلاع على هذه الاحكام فليراجع مؤلفنا اصول الفقه في نسيجه الجديد ٢/٤٠٠-٤٠٥ الطبعة الخامسة عشرة

حكمة وجوب الارضاع على الام:

تتبين هذه الحكمة من الفقرتين الاتيتين:-

١- اثبت الطب الحديث ان حليب الام يساعد كثيرا على حماية صحة الطفل ونشاته نشاة صحيحة وانه اكثر نفعا من حليب الحيوانات او حليب مرضعة اخرى.

٢- حين تضع الام ثديها في فم الولد وهو يشعر بحنانها لـه وشـفقتها وحبهـا يكتسـب شفقة ومحبة من هذه الام مع الغير. حينمـا يكـبر ويـدخل في معركـة الحيـاة ويحتـك بالغير، بخلاف ما اذا تم الارضاع من حليب الحيوانات عن طريق الاستعمال الجديـد، فانه حينئذ يشعر الطفل بالاهمال له والوحدة والوحشة ونحو ذلك مما يجعلـه بعيـدا عن اكتساب كل محبة تجاه الغير فينشأ معقدا عبوسا مسيئا في تعاملـه مـع الغـير احيانا.

المبحث الثالث

الاثار المختلطة

تجتمع الاثار المالية وغير المالية (العملية) للفرقة في الحضانة.

ونتناول دراسة هذا الموضوع في مطلبين يُخصص الاول للتعريف بالحضانة، والثاني لاحكام الحضانة.

المطلب الاول

التعريف بالحضانة

تعريف الحضانة:

الحضانة بفتح الحاء وكسرها في اللغة وَرَدت بعدة معان اقربها الى المعنى الاصطلاحي ضم الشئ الى الحضن.

وفي الاصلاح الشرعي والقانوني عبارة عن القيام بشؤون طفل لا يستقل بامره، ورعاية متطلبات حياته في هذه المرحلة من تربية ونظافة وصحة وطعام ولبس ووقاية ونحو ذلك.

تكييف الحضانة:

تكييف الشيئ اعطاؤه صفته الشرعية والقانونية. والحضانة لا تُكَيَّف بانها حق محض لمن يتولاها ولا التزام محض وانما هي ذات صفة ازدواجية تجمع بين كونها حقا والتزاما في وقت واحد فهي حق لمن يقوم بها والتزام موضوعه حق الطفل فعليه الوفاء به هو المطلوب شرعا وقانونا.

ومن نتائج هذا التكييف ما يلي:-

أ - اذا تعينت الحاضنة أما كانت ام غيرها يجب عليها القيام بها، فاذا امتنعت أجبرت عليها وليس لها خيار اخر.

ب - اذا خالع الزوج زوجته على ترك الحضانة له صحّ الخلع ويَبطل الشرط لانها لا تملك إبطال حق الطفل الذي هو موضوع التزام يجب الوفاء به.
ج - اذا صالحت زوجها على اسقاط حقها في الحضانة مقابل دَين له عليها كان الصلح باطلا لنفس السبب المذكور.

عناصر الحضانة :-

عناصر كل شيئ ما يتوقف عليه هذا الشئ فاذا كان جزءا منه يكون ركنا والا فهو شرط.

والمراد بالعناصر في هذا الموضوع شروط اهلية الحضانة ومن اهمها ما يلي:-

١- البلوغ:- فيشترط في الحاضنة والحاضن البلوغ لان غير البالغ لا يستطيع ان يقوم بشؤون نفسه فكيف يُوَكّل اليه القيام بشؤون غيره.
٢- العقل:- فمن كان مجنونا او معتوها او مصابا باية عاهة عقلية اخرى لا يحسن القيام بامور نفسه، وعدم تمكنه من القيام بتنفيذ متطلبات غيره يكون من باب اولى.
٣- القدرة على القيام بالوفاء بالتزامات الحضانة وتنفيذ مستلزماتها، فاذا كان المكلف بالحضانة عاجزا لكبر سن او مرض او اية عائق اخر يحول دون هذا الوفاء، يكون التكليف باطلا فيجب اختيار شخص اخر يكون اهلا للقيام باداء الالتزامات الحضانية.
٤- التفرغ للقيام بشؤون ومتطلبات الحضانة فاذا كان المكلف بها محترفا او موظفا تحول حرفته او وظيفته دون اداء واجبه في الحضانة يكون تعيين مثل هذا الشخص باطلا، فيجب اختيار بديل متفرغ لاداء واجبات الحضانة.
٥- ان يكون المختار للحضانة امينا على تربية الطفل وتوعيته وتوجيهه نحو الاخلاق الحميدة والسلوك الحسن، وغياب صفة الامانة مانع من انشاء الحضانة ومسقط لها بعد انشائها.
٦- ان لا تتزوج الحاضنة من شخص يُتوقع ان يضر بمصلحة الطفل في المستقبل لقول الرسول (ﷺ) للمراة المطلقة التي اراد زوجها ان ياخذ ولده منها (انت احق به ما لم تتزوجي).

وفي راينا المتواضع ان مُطلَق الزواج لا يكون مسقطا للحضانة وانما المانع هو الزواج المضر بمصلحة الطفل.

ولا فرق بين الزوج القريب والغريب (البعيد) وانما المعيار تحقق مصلحة الطفل وعدم تحققها، فرُب بعيد يكون احسن بكثير من القريب، لان لكل شخص نشأة خاصة من حيث التربية والاخلاق.

٧- عدم الانتقال بالطفل من بلد الى بلد اخر اذا كان هذا الانتقال مضرا بمصلحة الطفل من الناحية الصحية وغيرها.

٨- كل حدث طارئ خلال مدة الحضانة يكون مُسقطا لها اذا كان مضرا للطفل.

من هو احق بالحضانة :-

الام احق بالحضانة:-

الام احق بالحضانة شرعا وعقلا وقانونا.

اما شرعا فلما رواه الامام احمد وابو داود عن عبدالله بن عمرو بن العاص (من ان امراة قالت:- يارسول الله ان ابني هذا كان بطني له وعاء وحِجري له حواء وثدي له سقاء وان اباه طلقني واراد ان ينزعه مني، فقال:- انت احق به ما لم تنكحي).[١]

وحكمة ذلك هي رعاية مصلحة الطفل، فاذا كانت مضمونة رغم قيام الزواج لا يكون هذا الزواج مسقطا للحضانة، آخذا بالقاعدة الشرعية (الحكم يدور مع علته(حكمته) وجودا وعدما).

اما عقلا فلان الام اكثر الناس شفقة وحنانا بطفله، لذا تُفضل على غيرها في الحضانة.

واما قانونا فلاتفاق قوانين الأحوال الشخصية في الدول الإسلامية على ان الام احق بالحضانة ما لم يكن هناك مانع يحول دون ذلك.

---

[١] نيل الاوطار ٣٤٩/٦

المطلب الثاني

احكام الحضانة

من احكام الحضانة ما يلي:-

تحديد كمية ونوعية الاجرة:

لا يوجد معيار موضوعي لتحديد كمية اجرة الحضانة وبيـان نوعيتهـا بحيـث لا يختلـف ذلك باختلاف الاشخاص والازمنة والامكنة، وانما يُترك هذا التحديـد للاتفـاق الرضـائي او الحكم القضائي مع رعاية المتغيرات الاقتصادية وتطورات الحياة والاعراف السائدة.

المسؤول عن الاجرة:-

تجب اجرة حضانة الطفل على من تجب عليه نفقته، فتجب على ابيه ان كـان علـى قيـد الحياة وكان موسرا بماله او قادرا على الكسب، وبخلاف ذلك تجب الاجرة علـى وارث الطفـل كما في اجرة الرضاعة، عملا بقوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ﴾ وعملا بقاعدة (الغنم بالغرم) او (الغرم بالغنم)، وتتضمن اجرة الحاضنة اجرة المسكن لانـه في مقدمـة ضـروريات الحياة اذا لم تملك الحاضنة او المحضون مسكنا للعيش فيه قريبا من مكان المحضون.

المفاضلة بين المتبرعة وطالبة الاجرة:

اذا تبرعت امراة بان تتولى الحضانة بدون مقابل تُفضَّل على مـن يطلـب الاجرة مقابـل الحضانة شريطة لا يتضرر الطفل من استبدال المتبرعة بطالبة الاجرة.

مكان الحضانة:

مكان الحضانة عبارة عن مكان الحاضـنة او المحضـون ان تيسـر ذلـك ولم يـؤثر علـى مصلحة المحضون والا فيجب اختيار مكان تتوفر فيه هذه المصلحة بالدرجة الاولى ومصلحة الحاضنة بالدرجة الثانية.

الانتقال بالمحضون :

يجوز الانتقال بالمحضون من مكان الى مكان اخر بعيد او قريب اذا لم تتأثر مصلحته بهذا الانتقال، فالمعيار في جواز الانتقال وعدمه هو تحقق مصلحة الطفل وعدمه.

وفي راينا المتواضع لا مبرر لما اختلف فيه الفقهاء من التفرقة بين المكان القريب والمكان البعيد وجواز الانتقال الى الاول دون الثاني حيث قد يكون المكان البعيد افضل من القريب واكثر نفعا للمحضون، فالقرب والبعد ليسا من معيار الجواز وعدمه، لان الحضانة تسقط بانتقال مضر بمصلحة المحضون سواء كان المكان المنتقل اليه بعيدا او قريبا.

مسؤولية الملتزم بدفع الاجرة تجاه المحضون :-

الملتزم بالاجرة أباً كان او غيره مسؤول عن الاشراف التربوي والتعليمي والخلقي والصحي ونحو ذلك للمحضون، فيجب عليه ان يتردد عليه بصورة مستمرة ليطلع بنفسه على صحته وتعليمه وتربيته وتوعيته واستقامة سلوكيته، لأن مسؤولية الحاضنة وحدها عن هذه الامور لا تكفي، بل يجب ان تنضم اليها مسؤولية الملتزم بالاجرة ايا كانت درجة قرابته، وهذه المسؤولية لا تقتصر على الاب بل تنتقل الى كل من يحل محله بعد وفاته او غيابه.

مدة الحضانة :-

معيار تحديد هذه المدة يختلف باختلاف مصلحة المحضون ذكرا كان ام انثى .

ففي رأينا المتواضع يجب ان لا تُحدد هذه المدة بالزمن وان لا تُفرّق بين الذكر والانثى، فمتى ما وصل ذكر الى حد يستغني عن استمرارية الحضانة ويتمكن من توفير متطلبات حياته بنفسه، تنتهي مصلحته في الحضانة وله ان يستقل عن من يتولى هذه الحضانة.

واذا تزوجت البنت المحضونة تنتهي الحضانة بزواجها وتستقل لشؤونها الحياتية بنفسها. واذا بلغت ولم تتزوج تخير بين العيش مع امها او أبيها اذا كانت مدركة بحيث تميز بين ما لها وما عليها.

وارى انه لا مبرر للدخول في تفصيلات احكام الحضانة وهي اذا كانت ملائمة بالنسبة الى الازمنة الماضية، فانها قد لا تكون منسجمة مع الحاضر والمستقبل بعد تطور الحياة وتغير مستلزماتها.

موقف القانون من الحضانة :-

القوانين كالمذاهب احكامها غير خالدة فهي تتغير بتغُير الازمنة والامكنة ومستجدات الحياة والتطور الحضاري البشري، لان الاحكام الاجتهادية يجب فيها مراعاة المصالح البشرية التي جاءت الشرائع الالهية – وفي مقدمتها الشريعة الإسلامية – لتأمينها، فاذا تغيرت تلك المصالح تتغير الاحكام المبنية عليها.

وقد عالج قانون الأحوال الشخصية العراقي القائم في مواده (٥٥ – ٥٧) عناصر واحكام الحضانة كما في الايجاز الاتي:-

١- الام احق بالحضانة ما لم يكن هناك مانع ولا تسقط بزواجها.
٢- يشترط فيمن يتولى الحضانة البلوغ والعقل والامانة والقدرة.
٣- في حالة الاختلاف في تحديد اجرة الحضانة تُحددها المحكمة.
٤- الاب او من ينوب عنه مسؤول عن شؤون المحضون وتربيته وتعليمه.
٥- للمحضون حق الاختيار في الاقامة مع من يشاء اذا اتم الخامسة عشرة من العمر.
٦- للحاضنة التي أُنهيت حضانتها بحكم قضائي استرداد المحضون اذا ثبت تضرره.
٧- اذا فقدت الام شرطا من شروط اهلية الحضانة او تُوفيت، تنتقل الحضانة الى الاب ما لم تقتضِ مصلحة الطفل خلاف ذلك والا تنتقل الى من تختاره المحكمة.
٨- في حالة فقدان الابوين اهلية الحضانة تختار المحكمة للمحضون حاضنة او حاضنا، كما لها ان تودعه في دور الحضانة المعدة من قبل الدولة عند وجودها.

وجدير بالذكر ان هذه الفقرات التي عالجها القانون العراقي لا تختلف مع روح الشريعة الإسلامية ومع الراي الراجح في الفقه الإسلامي.

ربِّ زدني علماً وفهماً وألحقني بالصالحين